

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría en Derecho Administrativo y Contratación Pública

**Alcances y límites de la capacidad asociativa de las empresas públicas  
en el marco jurídico ecuatoriano**

Miguel Alejandro Eras Moreira

Tutora: Eddy María De La Guerra Zúñiga

Quito, 2020





### **Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis**

Yo, Miguel Eras Moreira, autor de la tesis intitulada “Alcances y límites de la capacidad asociativa de las empresas públicas en el marco jurídico ecuatoriano”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo y Contratación Pública en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

[Fecha]

Firma: \_\_\_\_\_



## **Resumen**

Esta investigación tiene por objeto determinar los alcances y los límites de la capacidad asociativa de las empresas públicas en el Ecuador. Esto debido a que existe en el país un entendimiento muy limitado de la aplicación del Derecho Administrativo en el ejercicio de la función pública. Lamentablemente los funcionarios públicos por el desconocimiento han optado cuando toman decisiones en desaciertos por la indebida aplicación de la norma.

Para lograr el objetivo de esta investigación fue necesario analizar el origen, la naturaleza jurídica y el rol de la empresa pública en el Estado, para luego de acuerdo con el ordenamiento jurídico caracterizar las distintas modalidades asociativas existentes, inclusive aquellas que siendo atípicas podrían ser usadas por una empresa pública. Una vez caracterizada cada modalidad, considerando la naturaleza jurídica y rol de la empresa pública se pudo determinar su compatibilidad. De tal manera, que se identificaron que existen muchas limitaciones de orden legal que resultan en el ejercicio de la capacidad asociativa de la empresa pública en el Ecuador.



## Tabla de contenidos

|   |     |
|---|-----|
| Introducción.....   | 9   |
| Capítulo primero Empresa pública .....  | 11  |
| 1. Origen .....   | 11  |
| 2. Naturaleza jurídica.....   | 16  |
| 3. Antecedentes de la empresa pública en el Ecuador. ....   | 22  |
| 4. Rol de la empresa pública en el devenir del Estado y su realidad actual .....                  | 25  |
| Capítulo segundo La capacidad asociativa .....  | 31  |
| 1. Definición .....   | 31  |
| 2.1. Formas asociativas de la economía popular y solidaria.....                                   | 39  |
| 2.2. Sociedades mercantiles y empresa pública.....  | 44  |
| 2.2.1. La compañía en nombre colectivo .....  | 55  |
| 2.2.2. De la compañía en comandita.....   | 58  |
| 2.2.3. De la compañía de responsabilidad limitada .....   | 61  |
| 2.2.4. De la sociedad anónima .....   | 66  |
| 2.2.5. De la compañía de economía mixta.....  | 73  |
| 2.2.6. De la sociedad en participación o accidental. ....   | 79  |
| 2.2.7. De la compañía holding o tenedora de acciones.....   | 82  |
| 2.3. Asociaciones público privadas. ....  | 83  |
| 2.4. Consorcios .....   | 86  |
| 2.5. Joint venture .....  | 89  |
| 2.6. Alianza estratégica.....   | 91  |
| 3. Alcances y límites de la capacidad asociativa de las empresas públicas en el Ecuador.<br>..... | 93  |
| Conclusiones y recomendaciones .....  | 103 |
| Bibliografía.....   | 107 |





## **Introducción**

Con el objetivo de resolver algunos de los dilemas que revisten el funcionamiento de una empresa pública en el Ecuador esta investigación descubrió los alcances y límites que tiene esta entidad del Estado para asociarse. Cabe mencionar que el funcionario público tradicional ecuatoriano tiene paradigmas que son característicos por trabajar en el sector público; éstos se ven reflejados cuando se rehúsa aplicar el marco normativo o no sabe cómo hacerlo; este letargo se pone de manifiesto en el ejercicio de la capacidad asociativa de las empresas públicas en el Ecuador. Existe en el país un marco normativo amplio que le habilita asociarse a las empresas públicas para alcanzar sus metas más rápidamente y con poco o nada de presupuesto. Sin embargo, los funcionarios no saben cómo aplicar la norma. De tal manera que en esta investigación se analizó la doctrina que trata de las empresas públicas, su historia en el Ecuador y su realidad nacional, el marco jurídico ecuatoriano regulador de las mismas, así como el derecho privado que delimita y caracteriza a las distintas modalidades asociativas.

Es así, que el presente trabajo empieza con un primer capítulo que trata sobre el estudio del origen y naturaleza jurídica de la empresa pública. Luego, con lo investigados determinó su esencia y razón de ser analizando además su rol en el Estado. En el segundo capítulo se estudió la definición de la capacidad asociativa de estos entes estatales y posteriormente se examinaron cada una de las distintas modalidades asociativas que existen en el ordenamiento jurídico nacional; inclusive aquellas que siendo atípicas son utilizadas ordinariamente. Así vinculando la esencia de la empresa pública a las características de las modalidades asociativas se determinó cuáles son compatibles con la misma; permitiéndome concluir a ciencia cierta en los alcances y límites de estos entes del Estado respecto de su capacidad de asociarse.



## Capítulo primero

### Empresa pública

#### 1. Origen

El Estado es el encargado de velar por el bienestar de sus ciudadanos. Partiendo de esa idea general aparece que siempre se encargó de satisfacer las necesidades del pueblo y hacer que sus miembros se vuelvan productivos; pero la idea de que el Estado sea productivo por su cuenta no había surgido.

La gestión pública en la actualidad tiene más exigencias y a la vez más responsabilidades, lo que obliga al Estado considerando éste en todos sus niveles, a desarrollar estrategias y mecanismos que le permitan satisfacer las necesidades sociales con oportunidad y eficiencia;<sup>1</sup> pudiendo ser una de estas estrategias o mecanismos la creación de las empresas públicas.

Esa necesidad del Estado de intervenir en actividades industriales y comerciales se originó en Francia. Así lo reseña Cassagne quien advierte el origen de la empresa pública como un fenómeno europeo acontecido entre las guerras mundiales. Lo que da cuenta que el origen de la empresa pública no se debió a un proceso ordenado o planificado para que el Estado intervenga en el mercado, sino que se trató de una necesidad promovida por la coyuntura.<sup>2</sup>

El hecho de que el Estado se haya visto obligado a involucrarse en actividades comerciales o industriales por la realidad que vive hace que el desarrollo de este campo se dé con la práctica. Entonces, empieza el Estado procesos nuevos y distintos de su normal funcionamiento; estos nuevos procesos son propios de actividades de naturaleza distinta a aquellas que la administración pública acostumbraba. Estas actividades productivas industriales y comerciales se empiezan a desenvolver en un marco jurídico público netamente.<sup>3</sup>

Sucedió entonces el nacimiento de una sociedad anónima en 1602 a través de la creación de la compañía holandesa de las Indias Orientales y la SRL en Alemania en

---

<sup>1</sup> Daniela Oleas Mogollón. *Alianzas público privadas y desarrollo territorial*, (Quito: Ediciones Abya Yala, 2017, 58.

<sup>2</sup> Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo* (Lima: Palestra, 2010), 385.

<sup>3</sup> Ibid.

1892; donde el Estado frente a estas sociedades ya no tenía un rol controlador. El Estado ahora participaba del negocio sea o no este servicio público.<sup>4</sup>

En cuanto a la realidad latinoamericana respecto de la empresa pública; en Argentina la doctrina supone como hito histórico al cambio de paradigma plasmado en la constituyente argentina de 1949. Estaba basada esta ley en los principios de justicia social y bien común. Posteriormente se materializa ya el primer acto legislativo mediante ley 13.653. Con esta ley se crea y regula a las empresas de Estado o públicas para explotar comercios o industrias.<sup>5</sup>

Nace ahí el primer intento de empresa pública en el mundo y en Latinoamérica, dentro de la esfera de la administración pública, como la extensión del Estado a través de estructuras empresariales necesarias para intervenir en el mercado. Pero limitada por el régimen jurídico público que precisamente no era lo suficiente flexible para el fin que se perseguía.

Esta particularidad fue advertida por los principales paradigmas que cobijan a la actividad del Estado, es decir, la gestión y al control. Caracteres propios del derecho público que se materializan a través del cumplimiento de la ley. El principio de legalidad<sup>6</sup> que rige al Estado es uno de los rasgos principales del derecho administrativo. Implica la sujeción de su actividad al derecho positivo que en muchas ocasiones podrá ralentizar sus actividades dada la menor flexibilidad para la toma de decisiones, ya que, le hace seguir una multiplicidad de reglas cuyo fin es velar por el correcto uso, disposición y aprovechamiento de los recursos públicos. Con esa lógica no se piensa que lo que necesita el Estado es libertad en su gestión y control.

Para nuestro análisis es indispensable diferenciar en este aspecto que los actores privados gozan para el desarrollo de sus actividades industriales y mercantiles de esa libertad limitada únicamente por las prohibiciones de la ley. En el escenario administrativo clásico del sector público el pensar que el Estado empiece a intervenir con

---

<sup>4</sup> Eugenio Zaldivaren Cristina O'Reilly et al., *Tratado de Derecho Comercial* (Buenos Aires: La Let, 2010), 542.

<sup>5</sup> Carlos Jorge Varangot. *La empresa pública en la República Argentina. La empresa pública*. (Zaragoza: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970), 1202-1203

<sup>6</sup> El principio de legalidad “puede enunciarse como el sometimiento de todos los órganos y sujetos de derecho público a la normatividad del Estado, la cual, a su vez, ostenta una estructura jerárquica cuyo estrato superior está representado por la Constitución, y en cuyo escalafón cualquier norma debe sujetar su contenido jurídico a todas las normas superiores. Tanto sujeción a la ley como composición normativa jerarquizada son los elementos fundamentales del llamado “Estado de Derecho”, noción que, en un sentido más general, envuelve la idea del “Estado como ordenamiento jurídico”, es decir, como orden de personas, de cosas y situaciones, regidas conforme a las reglas del derecho”. Jorge Vélez García, *Los dos sistemas del derecho administrativo* (Santafé de Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996), 19.

los ciudadanos en el rol de empresario ha sido dramático porque la función u objetivo del Estado es siempre procurar el bien común más no generar riqueza por su cuenta. La generación de riqueza la logra con la implementación de política pública pero no había intervenido como un empresario en la sociedad para alcanzar ese fin.

El tratadista Ureba cuando analiza históricamente el cambio de paradigma del funcionamiento del Estado sostiene que la doctrina francesa ha venido negando que el Estado adopte la calidad de comerciante; debido a que sus fines institucionales resultan ajenos al desarrollo de una actividad comercial o industrial. De modo que, ésta cuando se presente en la esfera estatal es accesorio. Esto sucedió en Francia finalizando el siglo XIX y a principios del XX, donde sostenían que aquellas entidades del Estado encargadas de realizar el comercio se someterían al código de comercio y a la jurisdicción comercial; lo que no se admitirá hasta entrado el siglo XX ya materializado este fenómeno.<sup>7</sup>

Ha sido evidente que el Estado busca formas más rápidas para lograr sus objetivos. Cada vez es más notoria esa teoría cuando el Estado se da cuenta que el sector privado consigue sus metas de manera celeridad a diferencia del Estado. Resulta que la libertad que tiene el privado para actuar le permite dirigirse directo a su objetivo a diferencia del actor público cuando interviene en el ámbito privado, ya que, no puede obviar los procedimientos que la administración pública está obligada a cumplir.

Claramente ha sido marcado este fenómeno en la actualidad. Así lo advierte la doctrina a través del tratadista José Soberanes quien al respecto sostiene: “la tendencia actual dirige sus pasos hacia la privatización de lo público y a la reducción de toda excesiva intervención administrativa porque lo que se pretende es la “libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”.<sup>8</sup> Así concluye Alberto Alonso Ureba que la actividad de la administración ya superó la tradicional concepción estatal del siglo XIX y XX asumiendo de manera frecuente y directa su intervención en el mercado bajo las mismas reglas de éste y en competencia con el sector privado.<sup>9</sup> La necesidad del Estado de ser más eficiente y obtener rentabilidad económica es clara, por lo tanto, acude a formas del derecho privado. Resulta que las personas jurídicas privadas conocidas como las personas jurídicas de derecho común se presentan como formas organizativas útiles

---

<sup>7</sup> Alberto Alonso Ureba, *La Empresa Pública* (Madrid: Montecorvo S.A., 1985), 241.

<sup>8</sup> José Luis Soberanes, *Tendencias Actuales del Derecho* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994), 180.

<sup>9</sup> Ureba, *La Empresa Pública*, 229.

para la consecución de fines públicos o privados; inclusive pudiendo ser una sociedad anónima y definitivamente no ser esa la única opción.<sup>10</sup>

Evidentemente las personas jurídicas de derecho privado principalmente las mercantiles, son modelos más eficientes para alcanzar el lucro. Por eso el Estado utilizando el lucro como un camino para alcanzar el bienestar de la sociedad adopta modelos privados como las personas jurídicas de derecho privado mercantil. Esta idea era por momentos de difícil aceptación. Juan Carlos Cassagne así lo manifiesta en su obra cuando menciona que: “se argumentó que la personificación de entidades estatales bajo formas jurídicas privadas resultaba violatoria de la relación existente entre Estado-bien-común-justicia-distributiva-Derecho Público.”<sup>11</sup> Todo esto por el pensar que el lucro es el fin y no un camino para el bien común.

El mismo autor destaca que el Estado al acudir a las formas jurídicas del derecho privado busca básicamente dotar de una gestión ágil a la empresa. Sometiéndola a las leyes y usos mercantiles escapando de la aplicación del derecho administrativo.<sup>12</sup> De tal forma que se pretende que los aspectos contables, administrativos, de personal, entre otros, sean más ágiles, ya que, entraña el uso por parte de la administración pública de técnicas del derecho privado que se traducen en las herramientas tradicionales de este sector en economías de tipo capitalista para cumplir sus fines. Esto le da flexibilidad en la gestión traduciéndose en eficiencia en términos generales para el objetivo empresarial público.<sup>13</sup> Ahora este escape del Estado del derecho administrativo para ser más ágil y eficiente en ciertas actividades sólo es el origen de la empresa pública que en la actualidad conocemos.

La característica esencial es la coexistencia de formas públicas y privadas para que la actuación empresarial del Estado se encasille en actividades industriales o mercantiles. En nuestros días los estados han terminado de adoptar el modelo y el régimen de las empresas de derecho privado, con las injerencias públicas ineludibles por la presencia estatal; esto en relación a la dirección y al control posterior. De manera que, bien pueden las entidades de derecho público asumir formas privadas para su gestión; entonces no será el Estado directamente sino sus empresas privadas. No obstante, cuando la entidad presta un servicio público de carácter comercial o industrial la forma jurídica más apta es la

---

<sup>10</sup>Ibid. 298.

<sup>11</sup>Cassagne, *Derecho Administrativo*, 402.

<sup>12</sup> Ibid, 349.

<sup>13</sup> Ibid, 404.

empresa del Estado dotada de un régimen mixto; con controles más estrictos y regulación por parte del derecho administrativo por tratarse de la prestación de un servicio público.<sup>14</sup> Esta naturaleza jurídica mixta es la que en la actualidad regenta a la empresa pública en nuestro ordenamiento jurídico y que más adelante profundizaremos en su estudio.

Explicada que ha sido la justificación para el nacimiento de la empresa pública cabe analizar la delimitación conceptual que esta tiene. En primer lugar, se debe considerar a la empresa pública como una realidad económica y no como un ente jurídico. En segundo lugar, en una empresa pública debe existir la presencia de la administración. Y, como adentrándose sin querer a nuestro tema de investigación, la doctrina anticipa una problemática cuando tratándose de una forma jurídico privada donde ha de intervenir la empresa pública; mencionando que ésta deberá hacerse presente mediante el control interno, no en un título de policía sino como accionista.<sup>15</sup>

En tercer lugar, la empresa pública deberá tener como objeto el desarrollo de una actividad predominantemente económica. Entendiéndose por aquello a actividades industriales, mercantiles, de transportes o análogas. Y, en cuarto lugar, la empresa pública debe tener una regulación jurídica.<sup>16</sup>

En un sentido amplio la empresa pública comprende cualquier forma de entidad administrativa o empresa mercantil poseída por el Estado que por razones de interés público o simplemente de lucro asume la gestión de una actividad susceptible de explotación económica con el riesgo inherente a tal explotación. En suma, empresas públicas son las incorporadas y controladas por el Estado directamente o por intermedio de sus holdings, cualquiera que sea la actividad que desarrolle, cualquiera que sea la forma que adopte, y cualquiera que sea la normativa que les dispone.<sup>17</sup>

Por lo anotado, es posible concluir en que el entendimiento de empresa pública va más allá a la forma jurídica con la que se presente o la actividad que ésta cumple. Empresa pública puede considerarse inclusive a aquella forma empresarial del Estado que dentro del régimen jurídico privado se desenvuelve y ha sido creada, por ejemplo, una sociedad anónima cuyas acciones pertenezcan al Estado. Entonces, para la doctrina empresa pública no es solamente la que ha sido determinada en la ley, hablando del caso

---

<sup>14</sup> *Ibíd.*

<sup>15</sup> José Luis Meilán. *Cuestiones institucionales de las empresas públicas en España. La empresa pública.* (Zaragoza: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970), 1202-1203

<sup>16</sup> *Ibíd.*

<sup>17</sup> Gustavo Penagos, *Entidades Descentralizadas.* (Santa Fé de Bogotá: Ediciones librería del profesional 1996, 96-97.

ecuatoriano, sino que abarca a las entidades que forman parte del patrimonio estatal y cuyas características precisan facultades liberales por llamarlas de alguna manera a aquellas que le son propias al derecho privado.

## **2. Naturaleza jurídica.**

Al ser la empresa pública una parte de la administración del Estado, podría pensarse que ésta además de perseguir los mismos fines estatales debe funcionar tal y como lo hace cualquier entidad pública. Así como podría pensarse que debe funcionar bajo las reglas del derecho privado como una empresa privada y que el Estado se comporte como un empresario.

Por un lado, las actividades propias de la administración pública y por otro las actividades propias de un empresario tienen que ser diferenciadas definitivamente. Así lo menciona la doctrina cuando advierte esa necesidad de diferenciar la actividad administrativa y aquella relativa a la de empresa. Esto es a través del análisis de sus funciones de empresa frente a otras actividades que puedan realizar los entes públicos, es decir, la actividad administrativa. Toda vez que ejercitar la actividad de empresa es lo que determina la titularidad de la misma, entonces en ese momento adquiere la cualidad de empresario.<sup>18</sup>

Una idea que vale considerarla al pensar en empresa pública es que ella empiece como la ampliación cualitativa de la administración: “partimos de la significación de la actividad en forma de empresa desarrollada por la administración en cuanto ampliación cualitativa de las formas tradicionales de actividad administrativa”.<sup>19</sup> Lo que entraña esta significación doctrinaria es que al tratarse de una ampliación de la administración pública evidentemente el funcionamiento de la empresa pública obedecerá las mismas reglas que se siguen para la normal actividad administrativa tradicional. Por lo que es importante identificar la naturaleza de la actividad empresarial para delimitar el derecho que le somete.<sup>20</sup>

Es preciso para entender la naturaleza de las empresas públicas partir del cabal entendimiento de lo relativo al derecho público y su diferenciación con el privado. Roberto Dromi en el afán de diferenciar lo público de lo privado menciona analizar los

---

<sup>18</sup> Ureba, *La empresa pública*, 248.

<sup>19</sup> *Ibíd*, 229.

<sup>20</sup> Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, T1 (Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1990), 461.



caracteres propios de las personas jurídicas públicas y privadas. Señala que lo que les diferencia es su regulación, que puede ser por normas de derecho público o de derecho privado. Se deberá analizar entonces si la persona jurídica goza de facultades, potestades, prerrogativas o competencias, inclusive exorbitantes que las personas privadas carecen y aquello surge en el momento de su creación.<sup>21</sup> Por lo que cabe decir que el derecho público es aquel que se caracteriza por regir relaciones de subordinación y jerarquía denotando que existe desigualdad entre las partes. En cuanto que en el derecho privado las relaciones están en igualdad de condiciones.

Por ejemplo, cuando una empresa pública se relaciona con una persona particular desde un aspecto administrativo netamente su naturaleza jurídica obedece a derecho público. Haciéndose notar este aspecto cuando la entidad está sometida a las reglas de la administración pública en la compra de bienes, en la contratación de obras y servicios, pues se somete a estas pautas públicas; y tales contratos que se originen de estas relaciones obedecerán a ese régimen absolutamente administrativo.<sup>22</sup>

Aquella será la misma suerte cuando se vea el ejercicio de la capacidad asociativa, es decir, dicha actividad habrá de realizarse con las reglas del derecho administrativo. Cabe mencionar que aquello no ocurre cuando de operaciones industriales o mercantiles se trata. Así lo expone Cassagne cuando manifiesta que cuando se trate de ventas de bienes de su producción, es decir, de la empresa pública, o de relaciones con terceros respecto de la prestación de un servicio público industrial o comercial no obligatoria; como podría darse el caso en la prestación del servicio público de transporte, dicha relación jurídica será regida por el derecho privado.<sup>23</sup> En otras palabras se tratará jurídicamente como un acto de comercio.

Estas determinaciones de seguir las normas de derecho público en algunos casos obedecen, y concuerdan en ese criterio, a que los bienes y recursos propios de una empresa pública son del Estado. Bajo esa consideración los mismos deben ser administrados en las formas en que los ciudadanos han ordenado se administren.

Los ciudadanos a través de sus representantes en el poder legislativo determinan las formas y mecanismos que se deben observar para la administración de la cosa pública. Esto en gran medida hace que los procedimientos prevean modalidades transparentes y

---

<sup>21</sup> Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998), 528.

<sup>22</sup> Cassagne, *Derecho Administrativo*, 391.

<sup>23</sup> *Ibíd.*

responsables para el manejo de lo dicho; lo cual, como bien se conoce en su generalidad no son los más ágiles.

Desde una perspectiva empresarial, dejando de lado por un momento la desventaja que podría presentar una empresa pública al administrarse bajo disposiciones del derecho público, se pensaría que este carácter le da una ventaja marcada para introducirse en el mercado cuando se relaciona con un particular en el ejercicio de una relación mercantil. Por ser el Estado quien regula la actividad empresarial privada resulta evidente que si se trata de una empresa de su misma naturaleza ésta se vería beneficiada por cuanto existirían obligaciones que el privado si estaría obligado a cumplir mientras que la empresa pública no.

La doctrina lo manifiesta de esa manera: “hay ciertas disposiciones del derecho comercial que no le son aplicables. Así, por ejemplo, no estando obligadas esas empresas a someterse a todas las obligaciones impuestas a los comerciantes.”<sup>24</sup> Este elemento de la administración pública se ha extendido a las empresas públicas. Aquellos poderes exorbitantes aparecen en un mercado donde se desenvuelven entes de naturaleza privada. Esto a propósito de los contratos que las empresas públicas suscriben, que, aunque sean civiles y de naturaleza mercantil, se estipula una cláusula exorbitante de derecho público. Esa particular cláusula no lo vuelve al contrato administrativo. Sólo implica una nueva injerencia del derecho público admitido así por la voluntad de las partes en un contrato primordialmente privado.<sup>25</sup>

Por otro lado, un aspecto saliente de la naturaleza de la empresa pública, como dice Agustín Gordillo, es que ésta no puede ser declarada en quiebra porque sus actos son administrativos, sus directivos superiores son funcionarios públicos, sus títulos tienen fuerza ejecutiva, sus bienes no son embargables cuando están afectados directa o indirectamente al uso público, además no tiene cargas tributarias y puede celebrar contratos bajo el derecho privado.<sup>26</sup>

Distinto a lo que señala Gordillo al mencionar que las empresas públicas son demandadas ante la justicia ordinaria en el Ecuador se someten a la justicia contencioso administrativa. Por lo que este aspecto de las empresas públicas parte de determinar la naturaleza de sus controversias. Si bien por un lado puede tratarse de controversias

---

<sup>24</sup> Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 463.

<sup>25</sup> *Ibíd.*

<sup>26</sup> Agustín Gordillo, “*Las empresas del Estado*”, *Fundación de Derecho Administrativo*, 2017, 473, [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo9/libroi/capitulo23.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo23.pdf).

derivadas de su intervención en el mundo empresarial privado puede que se trate de la protección de recursos públicos.<sup>27</sup>

Siguiendo este análisis de naturaleza jurídica en cuanto al sometimiento de la empresa a un control posterior de su accionar, aquel que lo realiza la Contraloría General del Estado, éste viene siendo quizá la característica diferenciadora y determinante para definir a una empresa como pública. La titularidad pública no es lo que le da tal calidad sino el control público de la actividad a la que se somete lo que determinaría ese carácter de la empresa. Admitiendo consecuentemente las formas jurídico-privadas de empresa pública como es el caso de la S.A. de participación pública.<sup>28</sup> De manera que aunque su nacimiento y forma de creación vierta de normas de carácter privado debe considerarse que es pública por este otro motivo.

Por otro lado, Marienhoff quien a decir de las empresas del Estado encuentra otra forma para diferenciarlas en su naturaleza. Propone para esto una clasificación entre aquellas empresas dedicadas a actividades industriales y comerciales y las que se dedican al servicio público, incidiendo para aquello el derecho aplicable.<sup>29</sup> De tal manera que el régimen jurídico de las empresas del Estado dedicadas a actividades comerciales e industriales será el privado; mientras que para aquellas que presten servicios públicos tendrán injerencia del derecho público en varios aspectos.<sup>30</sup>

En relación a la visión de la doctrina clásica sobre atribuirle calidad de público a una entidad cuando su objeto verse sobre la prestación de servicios públicos; hoy en día la empresa pública cumple un rol no sólo de servicio público sino que aunque es de interés público dicha actividad no es la prestación de servicios públicos, son actividades meramente industriales y comerciales, los servicios públicos industriales o comerciales y los llamados servicios públicos administrativos.<sup>31</sup> Por lo tanto se contradice la teoría de definir a la administración cuando realiza actividades administrativas y empresario cuando hace sus veces de emprendimiento, es decir, ahora ya el Estado es empresario y a la vez administra la cosa pública.

---

<sup>27</sup>Cassagne, *Derecho Administrativo*, 407. Quizá por ese motivo en Argentina se determina a la justicia federal como la competente para ventilar las controversias de las empresas del Estado, considerando que las justicia federal Argentina admite la división entre tribunales civiles y comerciales y contencioso-administrativos

<sup>28</sup> Ureba, *La empresa pública*, 297.

<sup>29</sup> Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 459.

<sup>30</sup> *Ibíd.*

<sup>31</sup> Ureba, *La empresa pública*, 230.

De la misma forma, otra demostración para definir la naturaleza jurídica mixta de la empresa pública se da cuando en la relación con terceros existe la necesidad de someterse a un determinado régimen jurídico. Tenemos que en ejercicio de la personalidad de la empresa pública; cuando ésta reclama y otros por el contrario le reclaman. Y, en cumplimiento de sus fines las empresas del Estado cuando se relaciona con particulares. Pudiendo ser inclusive aquellos que pertenecen a la misma empresa estatal, ser sus acreedores, o ser sus usuarios cuando se trate de una empresa prestadora de servicios públicos.

Esto lo menciona la doctrina cuando presume que el dilema respecto del régimen jurídico a aplicar se presenta como el problema principal para el funcionamiento de una empresa pública. El primer problema cuando no conoce que normas jurídicas deben regular sus relaciones con sus relaciones con los clientes, con los proveedores y los terceros. El segundo problema es definir la jurisdicción competente para el caso de que enfrente litigios con los mismos. El principio es entonces la aplicación del derecho privado y el de competencia de la jurisdicción ordinaria.<sup>32</sup>

En consecuencia, como se deriva de este análisis existen varias teorías para definir la naturaleza de la empresa del Estado; pudiendo ser desde la titularidad, las actividades que realiza, las normas que la regulan, el control posterior a sus actividades, la competencia de los jueces que conocen sus controversias, la relación y régimen jurídico que las norma frente a terceros, su participación en el capital social, o, en definitiva, la misma ley. Sin embargo, se concluye que la naturaleza jurídica de una empresa del Estado es mixta por cuanto existen relaciones jurídicas que necesariamente implican la aplicación de normas de derecho público y otras que requieren la aplicación de normas de derecho privado.

Esta naturaleza mixta se evidencia en la empresa pública ecuatoriana. Las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas son prueba de aquello, por ejemplo: a) Las normas que determinan las modalidades del talento humano.<sup>33</sup> En una empresa pública pueden existir servidores públicos y obreros, y para aquello aplicará normas de derecho público como de derecho privado; b) La posibilidad de adquirir

---

<sup>32</sup>J.C. Venezia, *Las empresas públicas en Francia. La empresa pública*. (Zaragoza: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970), 1317

<sup>33</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009, art. 18: El artículo 18 de la ley dispone que la prestación de servicios del talento humano de las empresas públicas se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en la referida ley, a las leyes que regulan a la administración pública y a la codificación del Código del Trabajo,

financiamiento. De manera que una empresa pública está en la capacidad de suscribir contratos de naturaleza mercantil para obtener financiamiento aplicando normas de derecho privado; c) La misma capacidad asociativa<sup>34</sup> y; d) La posibilidad de regirse a normas de derecho privado cuando suscriba acuerdos asociativos.<sup>35</sup> Que como hemos visto a lo largo de esta investigación esa capacidad de asociar es una herramienta del ámbito privado.

Por lo tanto, la naturaleza jurídica de la empresa pública se manifiesta según las acciones que ésta pretenda tomar. La empresa pública se presenta como una organización burocrática con amplias facultades para iniciar actividades económicas que le permitan alcanzar el bien común teniendo como medio para aquello la generación de riqueza. Esto provoca que por tener el carácter de público aplique en ocasiones en sus relaciones jurídicas normas de derecho público, así como cuando actúa en el rol de empresario aplica necesariamente normas de carácter privado.

Se pensaría entonces que para cada relación jurídica deba mediar un análisis jurídico que sugiera la aplicación de uno u otro régimen jurídico. No obstante, es más factible partir en que la empresa pública considere aplicar en sus relaciones el principio general de sumisión al derecho privado. La aplicación de este principio tiene ciertos límites. Las instituciones del derecho privado parecen no poder encontrar aplicación cuando una empresa pública es parte en un proceso; por otra, en el régimen jurídico de las empresas públicas hay lugar para ciertas nociones del derecho administrativo.<sup>36</sup>

La administración de una empresa pública debe orientar su actuación desde la aplicación del principio de sometimiento al derecho privado siempre que no contravenga al derecho administrativo. La libertad de la empresa pública radicaría en el límite que represente el derecho administrativo.

---

<sup>34</sup>Ibíd, art. 35: el artículo 35 de la ley, da la posibilidad a que las empresas públicas para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales constituyan cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria,

<sup>35</sup>Ibíd, art. 34: el número 3 del artículo 34 cuando de la forma de contratación en los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, dispone que será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable.

<sup>36</sup>Venezia, *Las empresas públicas en Francia. La empresa pública*, 1319

### 3. Antecedentes de la empresa pública en el Ecuador.

La acepción empresa aceptada en la lengua española consiste en la acción o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo. Así mismo, se la conoce como unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos.<sup>37</sup> Resulta ser esa la concepción conocida en el entendimiento económico contemporáneo.

“La empresa viene a significar, en este sentido subjetivo o de actividad, una forma o manera de desarrollar la actividad económica que consiste en la participación o distribución de bienes o servicios a través de una unidad organizativa de medios materiales y personales.”<sup>38</sup> Bajo esa lógica podemos acercarnos más a nuestro tema de estudio que son las empresas particularmente la pública.

El Código Civil ecuatoriano da las pautas de la sociedad desde su origen. Determina que se trata de un contrato<sup>39</sup> mediante el cual dos personas o más se obligan a aportar algo en común con la finalidad de dividir los beneficios que de aquella unión provengan. Deja claro el texto normativo que se trata del nacimiento de una persona jurídica distinta de aquellos individuos que aportaron para su creación.

En cuanto a lo que implica empresa pública, luego del análisis realizado de su acepción la empresa pública es una manera de administración pública que busca el desarrollo de las actividades propias del Estado bajo una visión separada de la común burocracia. Pues se busca que con ella la actividad administrativa obtenga mejores resultados de manera eficaz.

Según el libro de empresas públicas de la Secretaría de Planificación y Desarrollo del Ecuador. En los años mil novecientos cincuenta y sesenta durante las dictaduras militares se originaron las primeras empresas públicas del país. Entre ellas Enprovit (Empresa Nacional de Productos Vitales), TAME que hasta el día de hoy existe, así como Correos del Ecuador y Ferrocarriles del Estado.<sup>40</sup> Con el boom petrolero se empezó una explotación de hidrocarburos a gran escala. Por lo que la creación de empresas públicas se alineó con la inversión del estado. De igual forma proliferaron las redes de electricidad

---

<sup>37</sup> Real Academia de la Lengua Española, “*Diccionario de la Real Academia de Lengua Española*”, 2019: [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>38</sup> Ureba, *La empresa pública*, 232-233

<sup>39</sup> Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 1957

<sup>40</sup> Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *Empresas públicas y planificación: Su rol en la transformación social y productiva*, (Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2013), 26-27. <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/Libro-Empresas-P%C3%BAblicas-web.pdf>

y de telecomunicaciones a través de grandes proyectos, entre los principales están la construcción del oleoducto de crudos, la refinería de Esmeraldas, la construcción y operación de hidroeléctricas de Paute y Agoyán.<sup>41</sup>

Sergio Ruiz señala que las empresas estatales se creaban generalmente por medio de la expedición de leyes específicas que determinaban el objeto de cada empresa, el régimen administrativo que les obligaba, los mecanismos que disponían para la contratación, el régimen de control aplicable y el sistema de gestión del talento humano, principalmente. De manera que cada empresa era una ley, lo que generó que cada empresa pública sea una isla independiente respecto de la institucionalidad del país que ya era debilitada y fraccionada. Estas entidades públicas con un giro de negocios millonario al estar apartada de la institucionalidad nacional no respondían siempre a las políticas públicas nacionales, sino que atendían a intereses solos libremente de que los mismos estén lejos o vayan en contra de intereses generales para el desarrollo. Todo esto debido a la autonomía que las leyes que crearon a las empresas públicas les otorgaba.<sup>42</sup>

Posteriormente, en los ochentas se dio empezó el debilitamiento de las empresas públicas que sumado a la crisis económica propició un análisis urgente en busca de una salida. En 1993 se expidió la Ley de Modernización del Estado que empezó la liquidación de varias empresas estatales y generó la intervención privada en el rol del Estado. Se instaure en esta ley la concesión de los recursos naturales no renovables del Estado a la iniciativa privada así como la prestación de los servicios públicos.<sup>43</sup> Esta ley trazó el camino privatizador empezando con políticas públicas como la ley del fondo de solidaridad en 1995 que buscaba que el resultado obtenido por las empresas estatales y de los beneficios obtenidos por las concesiones de los servicios públicos se acumularán en este órgano cuyo objetivo era procurar la disminución de la pobreza. En 1998 nace la Constitución Política de la República, en el año 2000 se promulgaron la Ley para la promoción de la inversión y participación ciudadana y la Ley para la Transformación Económica del Ecuador. Demostrando que el país se entregaba a las manos privadas que se mostraban como la esperanza para superar la más grave crisis económica que tenía desde el regreso de la democracia.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> *Ibíd*, 26.

<sup>42</sup> Sergio Ruiz, “El nuevo rol de las empresas públicas”, en *Construcción de un Estado democrático para el Buen Vivir: Análisis de las principales transformaciones del Estado ecuatoriano 2007 – 2012*, (Quito: Senplades, 2014), 235.

<sup>43</sup> *Ibíd*, 27.

<sup>44</sup> *Ibíd*, 28.

Sin duda la oportunidad de la empresa pública había pasado y el rol del Estado en el aprovechamiento de los recursos naturales y en la prestación de los servicios públicos se había delegado en sus partes más representativas a la iniciativa privada. Iniciativa privada que no radicaba en el pequeño emprendedor, ya que, para el desarrollo de los grandes proyectos se precisaba de grupos elitistas suficientemente poderosos con el respaldo técnico y económico capaz para intervenir. Más aún cuando las condiciones para su inversión eran favorables a la luz de un retorno de la misma en gran medida. Dejando al Estado un pequeño margen de ganancias y la prestación de un servicio público relativamente sostenido. El liberalismo legitimado por las políticas del Estado habría generado que las empresas públicas hayan perdido protagonismo, mientras que el poder de la oligarquía crecía notablemente.<sup>45</sup>

Sin duda lo recogido en la obra citada hace notar que a lo largo de la existencia de las empresas públicas en el Ecuador la orientación de su régimen jurídico dispuso a que las empresas públicas sean autónomas; inclusive en cuanto al cumplimiento de políticas públicas se refiere. Generando tal nivel de independencia que en manos incorrectas propendía a la corrupción.

Esto demuestra que, si bien se necesitó que una empresa pública sea reflejo de dinamismo y eficacia en poder del Estado para la administración de sus negocios, para lo cual cabe dotarle de un grado de autonomía que le permita ser ágil, no debe olvidarse que pertenecen al ámbito público. Siendo de alta relevancia el control y coordinación del Estado para su funcionamiento.

En ese contexto se expide en el año 2009 la Ley Orgánica de Empresas Públicas como única ley de regulación de estas entidades. Se define su forma de creación, su administración y su liquidación, dejando en el pasado aquellas islas independientes del Estado en las que en algún momento las empresas públicas se convirtieron.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas dispone que éstas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República. Personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> *Ibíd*, 28-33

<sup>46</sup> *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 4.



#### **4. Rol de la empresa pública en el devenir del Estado y su realidad actual**

El rol de las empresas públicas dio un giro trascendental con la expedición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas porque esta ley dejó atrás la autonomía que tenían. Cuando las empresas públicas eran creadas mediante leyes propias se volvían anárquicas y descontroladas; convirtiéndose en islas separadas del Estado que se manejaban al tenor de intereses particulares y siempre con la tendencia neoliberal de la privatización.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas se crea con objetivos claros y específicos que alientan a una organización y administración de las mismas más democrática. El artículo 2 de la ley establece los objetivos que ésta tiene respecto de las empresas públicas.<sup>47</sup> El artículo 5 de la ley determina la constitución de las empresas públicas.

Primero la ley determina los procedimientos para la constitución de empresas públicas que deban gestionar los sectores estratégicos con alcance nacional e internacional. Segundo establece los medios para garantizar el cumplimiento, a través de las empresas públicas, de las metas fijadas en las políticas del Estado ecuatoriano, de conformidad con los lineamientos del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa. Tercero, regula la autonomía económica, financiera, administrativa y de gestión de las empresas públicas. Cuarto fomenta el desarrollo integral, sustentable, descentralizado y desconcentrado del Estado. Quinto dispone que las empresas públicas actúen en cumplimiento de los parámetros de calidad definidos por sus directorios y las regulaciones aplicables, con sujeción a criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. Sexto la ley pretende proteger el patrimonio, la propiedad estatal, pública y los derechos de las generaciones futuras sobre los recursos naturales renovables y no renovables, para coadyuvar con ello el buen vivir. Séptimo crea el marco jurídico adecuado para que el Estado establezca apoyos, subsidios u otras ventajas de carácter temporal, en beneficio de sectores económicos y sociales determinados. Octavo previene y corrige conductas que distorsionen las condiciones para la provisión de bienes y servicios y en general cualquier otro acuerdo o práctica concertada, escrita o verbal, oficial u oficiosa, entre dos o más agentes económicos, tendientes a impedir, restringir, falsear o distorsionar las condiciones de acceso de los usuarios a dichos bienes y servicios. Noveno establece mecanismos para que las empresas públicas, actúen o no en sectores regulados abiertos o no a la competencia con otros agentes u operadores económicos, mantengan índices de gestión con parámetros sectoriales e internacionales, sobre los

---

<sup>47</sup>Ley Orgánica de Empresas Públicas, art. 2.

cuales se medirá su eficacia operativa, administrativa y financiera.

Asimismo, la ley en su artículo 3 determina los principios que rigen la actividad de las empresas públicas,<sup>48</sup> esto a través del artículo 3 que dice: 1. Contribuir en forma sostenida al desarrollo humano y buen vivir de la población ecuatoriana; 2. Promover el desarrollo sustentable, integral, descentralizado y desconcentrado del Estado, y de las actividades económicas asumidas por éste. 3. Actuar con eficiencia, racionalidad, rentabilidad y control social en la exploración, explotación e industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables y en la comercialización de sus productos derivados, preservando el ambiente; 4. Propiciar la obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, universalidad, accesibilidad, regularidad, calidad, continuidad, seguridad, precios equitativos y responsabilidad en la prestación de los servicios públicos; 5. Precautelar que los costos socio-ambientales se integren a los costos de producción; y, 6. Preservar y controlar la propiedad estatal y la actividad empresarial pública.

En apego a estas políticas y principios las empresas públicas deben actuar para dar cumplimiento a su objeto que cuyo fin ulterior es lograr el bien común. En cuanto al objeto las empresas públicas en el Ecuador tienen un fin determinado en la carta política, es decir, su creación obedece a que éstas están destinadas a atender asuntos específicos de crucial trascendencia para la economía y la política del País. La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 315 establece que la empresa pública estará destinada a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.<sup>49</sup>

El espíritu de esta norma radica entonces en que el Estado se haga cargo de la generación económica, así como, de la prestación de los servicios públicos. De esta manera el Estado se reserva la administración para sí de los sectores estratégicos. Así lo establece la Constitución de la República en el artículo 313. En esta norma se expresa que la tarea del Estado es administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Así mismo, se define y caracteriza a los sectores estratégicos como aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o

---

<sup>48</sup> *Ibíd*, art. 3.

<sup>49</sup> *Constitución de la República del Ecuador*, art. 315.

ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Estos son la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.<sup>50</sup>

El Estado entonces recupera a través del texto constitucional su rol protagónico como dinamizador de la economía. Teniendo como herramienta para ese propósito la creación de empresas públicas como instrumentos de política. De esta forma el Estado es el agente predominante en sectores estratégicos. Recuperando las empresas públicas existentes y la gestión soberana de los recursos no renovables como petróleo y minería. Además de una recuperación de la inversión pública y social.<sup>51</sup>

Al encontrarse el Estado vinculado a los sectores estratégicos marca su accionar desde perspectivas e ideales bajo una lógica de derecho, de solidaridad, de subsidiaridad, que debe desembocar en un adecuado modelo socioeconómico. Por lo tanto, son elementos de la actualidad del Estado la recuperación de los sectores estratégicos y de sus empresas públicas.<sup>52</sup>

De tal manera que la lógica de las empresas públicas es lograr el desarrollo del país al haberles creado para la gestión de los sectores estratégicos, el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables y la administración de los servicios públicos. Con el objetivo de que su desempeño esté acompañado de un sentido social y ambiental; que no sólo signifique la dinamización de la economía, sino que a la vez su intervención en el mercado implique la aplicación y cumplimiento de políticas que permita un desarrollo equilibrado de su población.

En la actualidad existen 21 empresas públicas regentadas por la Empresa Pública Coordinadora de Empresas Públicas<sup>53</sup>, todas pertenecientes a la Administración Pública Central, pero no existe un catastro público y oficial de las empresas públicas que podrían haber sido creadas por otros organismos públicos como los Gobiernos Autónomos Descentralizados o las Universidades Públicas. Según trabajos de investigación académicos, existen 256 empresas públicas creadas por los Gobiernos Autónomos

---

<sup>50</sup> *Ibíd.*, art. 313.

<sup>51</sup> Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *Empresas públicas y planificación: Su rol en la transformación social y productiva* (Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2013), 34.

<sup>52</sup> *Ibíd.*

<sup>53</sup> Ecuador, Empresa Coordinadora de Empresas Públicas, web institucional. <http://www.emco.gob.ec/Emco2/empresas-publicas-2/>

Descentralizados y 18 empresas públicas creadas por las Universidades, esto con corte al 2017.<sup>54</sup>

Ahora bien, si bien es cierto que el panorama normativo presenta a la empresa pública bajo un marco conceptual donde el Estado privilegia su participación directa en las actividades económicas de gran trascendencia del país, lo que se pensaría tiene una visión patriótica y soberana, y que garantizaría una administración transparente en la búsqueda del bienestar común, evitando la discrecionalidad e independencia que en su momento tuvieron las empresas públicas hasta antes del 2009; la realidad actual demuestra que aquel modelo de desarrollo no ha arrojado resultados favorables.

El 13 de abril del 2008, el Diario La Hora publica un artículo titulado “15 de 22 empresas del Estado generan pérdidas al Estado Ecuatoriano”. La nota periodística concluye con la afirmación de Gabriela Calderón, investigadora del Cato Institute, quien afirmó que los resultados de las empresas públicas son el reflejo de la premisa de que el Estado es un pésimo administrador, adiciona que en los últimos años el Estado generó empresas en diferentes ámbitos, pero sin objetivos claros y con niveles de opacidad y manejo politiquero en la administración.<sup>55</sup>

Inclusive aquellas empresas que podrían presentar ganancias, demuestran no ser administradas adecuadamente. El analista económico Diego Olmedo entrevistado en el Diario La Hora, explicó que la información de utilidades y pérdidas de las empresas públicas que maneja el Ministerio de Economía es una estimación, que no puede ser adecuadamente validada porque no hay balances ni tiene control del Servicio de Rentas Internas (SRI). Además, dice que, en el caso de Petroecuador, la Contraloría estableció más de 174 observaciones a la información financiera. Un caso parecido es el de CNT que, a pesar de generar 56,3 millones, tiene varios huecos oscuros en su contabilidad.<sup>56</sup>

Este tipo de noticias periodísticas no generaban mayor trascendencia en un Estado con grandes ingresos como sucedía hasta antes del 2015. Las pérdidas que asumía el Estado se sumaban a la lista de derroches de un Estado despilfarrador que no pensaba que la época de bonanza estaba pronto a terminar.

---

<sup>54</sup> Fernando Teodoro González Calle, “Las Empresas Públicas en el Ecuador” (Universidad de Cuenca, 2017), 31 - 70, <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/27275/1/Libro%20Empresas%20P%C3%BAblicas.pdf>

<sup>55</sup> JS, “Diario La Hora”, 13 de abril de 2018, párr. 9, <https://lahora.com.ec/noticia/1102149452/15-de-22-empresas-publicas-generan-perdidas-al-estado-ecuatoriano->

<sup>56</sup> JS, “Diario La Hora”, 26 de septiembre de 2019, párr. 5 - 6, <https://lahora.com.ec/carchi/noticia/1102275188/solo-cinco-de-23-empresas-publicas-aportan-con-utilidades-al-estado-ecuatoriano>.

Las miradas entonces apuntan a la capacidad asociativa de las empresas públicas para subsistir. Si bien la Ley Orgánica de Empresas Públicas sostiene que dicha facultad está orientada para que estos entes de Estado alcancen sus objetivos, la coyuntura la precisaba para su subsistencia.

Ante la carestía del sector público, el actor privado emerge como la alternativa para satisfacer las necesidades presupuestarias que se requieren para los grandes proyectos, pero esta vez desde una perspectiva de colaboración conjunta, a través del financiamiento.<sup>57</sup>

La actualidad así lo ratifica cuando los titulares de prensa mencionan los intentos del Estado para conseguir socios que colaboren en sus grandes proyectos. El 06 de febrero de 2020 publica el diario El Comercio de Quito, como uno de sus titulares, que el Gobierno busca socio estratégico para atender problemas en la Refinería La Libertad,<sup>58</sup> siendo la muestra cabal de que el Estado ve en la capacidad de asociarse la posible salida a sus problemas financieros.

Sin embargo, no se conoce si alguna alianza estratégica que haya sido suscrita por una empresa pública concluyó con éxito. Más si se conocen de varias que siguen pendientes de concretarse o que se han terminado anticipadamente, pero claro, aquello por los comentarios entre personas que conocen al respecto o son parte de la administración pública, o por notas periodísticas que permiten concluir en aquello, más no por medios oficiales, pues lógico resulta que ninguna empresa pública comunicaría sus fracasos. Fracasos que con el antecedente que el Estado no es un buen administrador, no llamarían la atención cuando acontecen.

Con los malos resultados obtenidos por la administración pública en sus empresas públicas, la privatización nuevamente surge como la mejor alternativa a criterio de los gobernantes de turno. El diario El Comercio el 23 de enero de 2020 ya comunica respecto de la definición de las estrategias para la concesión de la administración de las empresas públicas que generan y distribuyen electricidad en el país, así como de la empresa de telecomunicaciones.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup>Inés María Baldeón, “Revista de Derecho Foro: Las Asociaciones Público Privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano”, UASB-Ecuador / CEN • Quito, 2016, 112.

<sup>58</sup> Redacción Negocios, “Diario El Comercio”, 06 de febrero de 2020, párr. 1, <https://www.elcomercio.com/actualidad/gobierno-refineria-libertad-problema-negocios.html>.

<sup>59</sup> Patricia González y Mónica Orozco, “Diario El Comercio”, 23 de enero de 2020, <https://www.elcomercio.com/actualidad/concesion-cnt-electricas-empresas-publicas.html>.

Toda parece indicar que nuevamente el Estado revive el pasado recurriendo como alternativa a darle protagonismo al actor privado para satisfacer sus necesidades. La tónica no habría cambiado desde los años noventa, cuando descrita como modernización se inició un proceso de privatización, como veremos iniciando el siguiente capítulo; la idea de abandonar la dependencia del *extractivismo* no ha variado en la actualidad, solo se habría olvidado por la bonanza que los buenos precios de venta del petróleo ocultaron desde el año 2010 al 2015. La opinión de los entendidos en la materia no se hizo esperar, y avizoraron el panorama que hoy enfrenta el Ecuador. Jhon Cajas Guijarro en junio del 2018 se cuestionó ¿hacia dónde va el Ecuador de Lenín Moreno?, e introduce a su artículo de opinión señalando que la crisis persistente se ha combinado con la inacción política y con un retorno a medidas que muchos imaginaban como parte del pasado.<sup>60</sup>

Aquello no parece descabellado si consideramos el ejemplo de España, cuyo parlamento decide el 8 de noviembre de 2017, mediante la nueva Ley de Contratos del Sector Público, suprime la figura del contrato de colaboración público privada, como consecuencia de la escasa utilidad de esta figura en la práctica. Bajo el argumento de que la experiencia ha demostrado que el objeto de dicho contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es, fundamentalmente, el contrato de concesión; y decide fortalecer más bien a este último, dándole mayores herramientas y políticas para su cabal desarrollo.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup>Jhon Cajas, “¿hacia dónde va el Ecuador de Lenín Moreno?”, Nueva Sociedad, junio de 2018, párr. 1, <https://www.nuso.org/articulo/hacia-donde-va-ecuador-lenin-moreno/>

<sup>61</sup> España, Ley de Contratos del Sector Público, 08 de noviembre de 2017, preámbulo.

## Capítulo segundo

### La capacidad asociativa

#### 1. Definición

Para tener un antecedente del apareamiento de esta cualidad empresarial, si así podemos definirla por el caso de estudio de esta tesis, tenemos que sobre los fundamentos del concepto de asociatividad, y en concreto de la cooperación empresarial, se reconoce a Alfred Marshall como uno de sus precursores. Marshall en 1890 introdujo el concepto de “economías de aglomeración” en el que hacía referencia a las ventajas asociadas a la proximidad geográfica entre las industrias; posterior a su planteamiento se han venido conceptualizando y consolidando formas diversas de asociatividad.<sup>62</sup>

Conociendo que nuestro objetivo de investigación está vinculado con la participación del sector privado en las actividades del sector público, es preciso empezar con los antecedentes en nuestro país que abrieron paso en este camino de la asociatividad.

El Ecuador en la década de los noventa se encontraba en la búsqueda de medios diferentes que le permitieran encontrar una senda de desarrollo distinta que no dependa de la explotación de los recursos naturales no renovables. La propuesta general innovadora daba mayor participación al sector privado en la economía a través del traspaso de funciones desde el sector público.

Se pretendía modernizar el sector productivo privado en el Ecuador para que pudiera competir en el mundo cada vez más interconectado y global; así como redefinir el papel del sector público. Se hacía hincapié en que la modernización tiene relación con la competencia, el libre mercado, y la necesidad de redefinir el papel del sector público. Para lo cual surgieron reformas institucionales que tenían como objetivo el mejoramiento de la administración pública a través de mayor flexibilidad; que fuera más competente, fiable, equitativa y democrática.

La reforma del Estado implicaba la posibilidad de que el sector privado asumiera actividades realizadas por el sector público bajo una lógica de racionalidad en la función regulatoria y presupuestaria; liberar recursos públicos y concentrarlos en lo esencial. En

---

<sup>62</sup>Merlin Patricia Grueso Hinestroza y otros, *Procesos de asociatividad empresarial: Aproximaciones conceptuales e impacto económico, social y organizacional Documento de investigación no. 44*, Universidad de Rosario. Rosario Argentina: 2009, 6. [http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3783/BI\\_44\\_5\\_2\\_10.pdf?sequ](http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3783/BI_44_5_2_10.pdf?sequ)

ese contexto se publicó mediante registro oficial 349 el 31 de diciembre de 1993 la Ley de Modernización del Estado y Privatizaciones de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada.<sup>63</sup>

En ese punto de la historia pretender la participación privada en las actividades de lo público era quizá el único objetivo o al menos el más recurrente. La mencionada ley hablaba de la participación del privado mediante contratos de concesión, orientada a la prestación de servicios públicos o aprovechamiento de los recursos naturales por parte del participante privado.

Con los antecedentes expuestos queda claro que la administración pública tiene la necesidad de buscar aliados para el desarrollo de sus actividades. En este punto es oportuno empezar el análisis de la capacidad asociativa y primero definirla desde una perspectiva general.

La capacidad asociativa es una cualidad propia del individuo. El ser humano cuando requiere cumplimentar una actividad que le requiere un recurso que no posee, busca conseguirlo, resultado muchas veces que el mismo puede ser provisto por otro individuo. O simplemente puede tratarse de que los individuos prefieran cumplir sus objetivos en grupo por razones de disminuir sus riesgos o simplemente porque así lo desean.

La asociatividad es un instrumento de mejora de la competitividad y ayuda para implementar las innovaciones necesarias para enfrentar los cambios en los mercados internacionales. Asociatividad es un mecanismo de cooperación entre empresas pequeñas, medianas o grandes, en donde cada empresa participante, manteniendo su independencia jurídica y autonomía, decide voluntariamente participar en un esfuerzo conjunto con los otros integrantes para búsqueda de un objetivo común.<sup>64</sup>

Podemos decir también que las capacidades colectivas son las habilidades que requieren las organizaciones para tener un buen desempeño y que son capacidades que complementan a las competencias individuales y que la organización requiere para su funcionamiento.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup>Oleas Mogollón. *Alianzas público privadas y desarrollo territorial*, 13-17.

<sup>64</sup>Rosana Castellvi y otros. *Estrategias de Asociatividad para la exportación*. (Quito: Corpei, 2007), 15-17.

<sup>65</sup> Villar, en Roberto Espinoza Lastra, "Capacidades Asociativas en Emprendimientos de Economía Solidaria. El caso de las comunas Tsáchilas de la provincia de Santo Domingo Ecuador." (Tesis Doctoral Universidad de Alicante), 64.  
[https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/77460/1/tesis\\_oscar\\_roberto\\_espinoza\\_lastra.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/77460/1/tesis_oscar_roberto_espinoza_lastra.pdf)



De alguna manera la asociatividad se origina en la necesidad de las partes para asociarse, en ese contexto de satisfacer necesidades o complementarse es que las personas optan por desarrollar actividades en conjunto. La asociatividad empresarial surge como uno de los mecanismos de cooperación que persigue la creación de valor a través de la solución de problemas comunes originados fundamentalmente por falta de escala. Es decir, la insuficiencia del tamaño de las empresas hace muy difícil la incorporación de tecnologías, la penetración a nuevos mercados y el acceso a la información, entre otros. La asociatividad permite a través de la implementación de estrategias colectivas y de carácter voluntario, alcanzar niveles de competitividad similares a los de empresas de mayor envergadura.<sup>66</sup>

En ese contexto la asociatividad se caracteriza por dar independencia jurídica a los participantes. Existe autonomía gerencial de cada una de las empresas con el objeto de aprovechar y potenciar las fortalezas de cada uno de los integrantes, logrando proyectos más eficientes minimizando los riesgos individuales. Las personas asociadas, generalmente, mediante la implementación de acciones conjuntas mejoran la competitividad e incrementan la producción a través de alianzas entre los distintos agentes que interactúan en el mercado incrementando las oportunidades de crecimiento individual y colectivo.<sup>67</sup>

Se podría decir que puede existir asociatividad cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Debe existir un proyecto común. 2. Es necesario un compromiso mutuo. 3. Los objetivos de los asociados deben ser comunes. 4. Los riesgos serán compartidos sin abandonar la independencia de cada uno de los participantes. Todos estos factores combinadamente permitirán a las empresas llevar adelante el proceso asociativo logrando beneficios que les sería muy difícil alcanzar operando individualmente.<sup>68</sup>

En este reparto de responsabilidades de los participantes interesados en el asocio, es importante decir que no solo se presenta como una forma de satisfacer las necesidades empresariales de las personas, sean estas naturales o jurídicas, sino que paralelamente brinda el acceso e incorporación de experiencias de otros actores reduciendo el riesgo y la incertidumbre en la toma de decisiones. Por otra parte, estimula la especialización,

---

<sup>66</sup> Mónica G. Liendo y Adriana M. Martínez, *Asociatividad. una alternativa para el desarrollo y crecimiento de las pymes*, Sextas Jornadas "Investigaciones en la Facultad" de Ciencias Económicas y Estadística, Universidad Nacional de Rosario, Rosario: 2001, 311-312. [https://www.fcecon.unr.edu.ar/web/sites/default/files/u16/Decimocuertas/Liendo,%20Martinez\\_asociatividad.pdf](https://www.fcecon.unr.edu.ar/web/sites/default/files/u16/Decimocuertas/Liendo,%20Martinez_asociatividad.pdf)

<sup>67</sup> Ibid, 313.

<sup>68</sup> Ibid, 313.

incrementa la posibilidad de establecer nuevas redes de contactos ampliando y potenciando los esfuerzos individuales. También, posibilita la resolución de problemas comunes tales como: reducción de costos, incorporación de tecnología, mejora del posicionamiento en los mercados, acceso a mercados de mayor envergadura, capacitación de recursos humanos, incremento de productividad, acceso a recursos materiales y humanos especializados, desarrollo de economías de escala, disponibilidad de información, captación de recursos financieros, optimización de estándares de calidad, desarrollo de nuevos productos, ventajas competitivas y mejora de las posibilidades de negociación con clientes y proveedores.<sup>69</sup>

La expresión capacidades asociativas está relacionada en la literatura científica con los conceptos de capital social, aludiendo a la capacidad de las personas a trabajar en grupo.<sup>70</sup> Lo mencionado da cuenta que el asocio de personas implica la unión de sus capitales y que este naturalmente vendría a denominarse un capital social. Siendo éste el principio o axioma de la sociedad civil y con enfoque principalmente en el capital, la sociedad mercantil.

En cuanto al análisis normativo la capacidad asociativa empieza en la misma Constitución de la República del Ecuador. La cual determina en su artículo 66 específicamente en su numeral 13 como un derecho de las personas el poder asociarse libremente; además de desarrollar actividades económicas de manera colectiva de acuerdo a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.<sup>71</sup>

Los individuos se asocian para el desarrollo de una idea o iniciativa para aquello y de alguna forma garantizar su éxito deben organizarse de manera que exista una planificación, coordinación y supervisión de sus actividades tendientes al cumplimiento de su iniciativa o idea. A esta organización se la conoce como empresa que como habíamos estudiado en el capítulo anterior es un emprendimiento que lo realizan un grupo de personas dicho en otras palabras las sociedades.

Ahora en cuanto a la especificidad de esta investigación se debe plantear el origen de la capacidad asociativa de las empresas públicas en el Ecuador. Esto lo ha determinado la legislatura a través de la publicación mediante Registro Oficial Suplemento 48 el 16 de

---

<sup>69</sup> Ibid, 313.

<sup>70</sup> Atria, R. en Roberto Espinoza Lastra, “Capacidades Asociativas en Emprendimientos de Economía Solidaria. El caso de la comuna Tsáchilas de la provincia de Santo Domingo Ecuador” (Tesis Doctoral Universidad de Alicante), 64.  
[https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/77460/1/tesis\\_oscar\\_roberto\\_espinoza\\_lastra.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/77460/1/tesis_oscar_roberto_espinoza_lastra.pdf)

<sup>71</sup> Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, art. 66. Num.13 y 15.

octubre de 2009 la Ley Orgánica de Empresas Públicas. El artículo 35 del mencionado cuerpo normativo orgánico determina que las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales. En consecuencia, para la celebración de los contratos que se requieran para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria.<sup>72</sup>El texto de ley da cuenta de aquella característica humana de cumplimentar actividades de manera gregaria al habilitar a las empresas públicas constituir sociedades.

Cuando las empresas públicas adquirieron la capacidad asociativa mediante la ley se volvió esta cualidad en una de las demostraciones más claras de relacionamientos jurídicos propios del derecho privado en una entidad pública. Aunque siempre con la consideración de que un procedimiento asociativo de una empresa pública deberá ser reglado y regentado bajo normativa de derecho público, sus objetivos y principalmente el funcionamiento de la asociatividad que se concrete, vendrá a darse bajo la concepción y en mérito de la relación jurídica meramente mercantil; pues evidentemente y como lo hemos reseñado con doctrina en estos últimos párrafos, la figura jurídica de la asociatividad es absolutamente una herramienta traída de la experiencia del régimen jurídico privado.

Sin duda los beneficios que plantea la asociatividad son sencillamente suficientes para que una empresa pública adquiriera esta cualidad. Mencionar que los costos se reduzcan y que los riesgos se dividan, se suman a la posibilidad de que con la asociatividad la empresa pública mejore sus herramientas y conocimientos en sus actividades productivas, así como le permita incursionar en algunas nuevas.

## **2. Modalidades asociativas en el Ecuador**

Existen múltiples modalidades para asociarse. Podrían definirse desde cualquier aspecto de su caracterización. Pero para esta investigación vale reducir el espectro de ideas hacia aquellas modalidades que existen en nuestro ordenamiento jurídico. Aquello es principal por cuanto las empresas públicas, que es nuestro ámbito de estudio, son instituciones que pertenecen al Estado y su naturaleza pública obliga a éstas a cumplir

---

<sup>72</sup>Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 35.

con el principio de legalidad que reviste la administración pública y a quienes forman parte de ella.

Bajo ese esquema es pertinente mencionar cuáles son las leyes que determinan las modalidades asociativas en el Ecuador. Tenemos que partir del Código Civil que menciona a las sociedades mercantiles y no mercantiles; mientras que la Ley de Compañías desarrolla las especies de sociedades mercantiles orientando su caracterización frente a las actividades de comercio. Finalmente está presente la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria que establece en sus normas la creación de asociaciones con finalidades con un carácter social primordialmente.

Entonces, empecemos por revisar lo que nos ofrece el contenido del Código Civil del Ecuador. Resulta que esta ley en su artículo 1963 determina que la sociedad puede ser civil o comercial. Define que las sociedades comerciales son las que se forman para los negocios que la ley se ha permitido calificar como actos de comercio; el resto señala el código serán las sociedades civiles.<sup>73</sup>

Cabe traer a colación el contenido del Código de Comercio para conocer cuáles son los actos para los cuales pueden constituirse sociedades mercantiles. El Código de Comercio señala en su artículo 6 que los actos de comercio son: 1.- La compra o permuta de cosas muebles hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertenecen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, más no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias; 2.- La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil; 3.- La comisión o mandato comercial; 4.- Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes; 5.- El transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico; 6.- El depósito de mercaderías, las agencias de negocios mercantiles y las empresas de martillo; 7.- El seguro; 8.- Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aún entre no comerciantes; las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza; 9.- Las operaciones de banco; 10.- Las operaciones de

---

<sup>73</sup>Ecuador, *Código Civil*, art. 1963.

correduría; 11.- Las operaciones de bolsa; 12.- Las operaciones de construcción y carena de naves, y la compra o venta de naves o de aparejos y vituallas; 13.- Las asociaciones de armadores; 14.- Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas; 15.- Los fletamentos, préstamos a la gruesa y más contratos concernientes al comercio marítimo; y, 16.- Los hechos que producen obligación en los casos de averías, naufragios y salvamento.<sup>74</sup>

En este orden de ideas decir que las empresas públicas constituyan una sociedad mercantil es factible, siempre que las actividades de comercio que piensa realizar se deriven del cumplimiento de su objeto principal; que como lo hemos visto serán el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables y de los bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y la gestión del espectro radioeléctrico. Por ejemplo, una empresa pública puede tener una sociedad mercantil que le permita comercializar o diversificar los productos a consecuencia del aprovechamiento de sus recursos naturales. Así como en una empresa pública encargada del transporte público pueda diversificar el mismo mediante una sociedad mercantil hacía un segmento específico para atender como el transporte ejecutivo.

Volviendo al texto legal del Código Civil, donde menciona la existencia de sociedades civiles, vale decir que son aquellas que no tienen como fin los negocios. No obstante, aquella sociedad civil constituida puede sujetarse a las reglas de una sociedad mercantil.<sup>75</sup> Jorge Pérez menciona cuando caracteriza jurídicamente a la empresa que: “el derecho no concibe una empresa que no tenga por finalidad específica la obtención de un lucro, de un resultado económicamente medible. Cualquier emprendimiento que no revele esa finalidad esencial, se considera civil.”<sup>76</sup>

En ese esquema de sociedades civiles, la doctrina determina a la asociación como el grupo de personas reunidas para una actividad común.<sup>77</sup> En similitud con la sociedad salvo que las diferencia el ánimo de lucro. Lo mismo lo manifiesta Raúl Etcheverry quien se ha permitido mencionar que: “La asociación lleva implícita la reunión de dos o más personas y el planeamiento de un fin que se materializará mediante la ejecución de un objeto no lucrativo.”<sup>78</sup> Norberto Bobbio también hace alusión respecto de esta

---

<sup>74</sup>Ecuador, *Código de Comercio*, art. 3.

<sup>75</sup>Ecuador. *Código Civil*, Art. 1964.

<sup>76</sup> Jorge Osvaldo Pérez, *Manual de Derecho y de la Empresa* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999), 349

<sup>77</sup>Etcheverry, *Derecho Comercial y Económico Formas Jurídicas de Organización de la Empresa*, 39.

<sup>78</sup> *Ibíd.*, 40.

diferenciación cuando señala que la sociedad civil es la esfera de relaciones entre individuos, grupos y organizaciones que se desarrollan fuera de las relaciones de poder que caracteriza a las organizaciones gubernamentales. En ese contexto, la sociedad civil se divide en dos: la del sector lucrativo (las empresas) y las del sector no lucrativo que son las organizaciones que también producen bienes y servicios a la comunidad; pero con una dimensión pública. Es decir, reinvierten en el mismo objeto social de su organización. Se les conoce como organizaciones del tercer sector.<sup>79</sup> De manera que más allá de la finalidad de lucro o no con que se de origen a una asociación, en un modo de entendimiento amplio, las personas se asocian para organizar una empresa siendo una de las modalidades de esta la empresa comercial o más conocida comúnmente como sociedad mercantil.

Las asociaciones igual que la sociedad se originan de la suscripción de un contrato plurilateral y de igual manera que en la sociedad se crea una persona jurídica distinta. Las asociaciones además de necesitar tener un objeto para existir, patrimonio y capacidad, deben tener autorización para funcionar. En el Ecuador dicha autorización es emitida por el Estado.

Se encasillan entonces en esta definición todas aquellas agrupaciones que tienen por objeto reunirse no sólo para actividades lucrativas, (dejando claro que si así sucede no habrá reparto de utilidades entre sus miembros) sino que podrán reunirse para actividades de ocio, como la música, la danza, el deporte, la lectura, apareciendo los famosos clubes, o simplemente como un medio para organizar al grupo o gremio, como la asociación de padres, de estudiantes, de profesores, etc.

La sociedad civil no tiene mayores problemas dado que su finalidad puede no ser lucrativa. La sociedad de este tipo se da en toda suerte de actividad: deportiva, cultural económica, como defensa de los intereses de una actividad empresarial, benéfica, de bien común, de educación pública o privada, etc. Sus órganos son los necesarios para su desenvolvimiento: una asamblea de socios, en la que todos tiene los mismos derechos, dado que no hay aporte de capitales, sino tan solo de una cuota social; un órgano que ejecuta llamado comisión de cuentas. Estas sociedades son controladas por el Estado sobre todo para evitar que no se encubra una actividad mercantil tras una fachada de sociedad civil. Toda vez que por sus características tienen tratamientos más benéficos a

---

nivel impositivo a diferencia de las sociedades comerciales. Así mismo su constitución es simple.<sup>80</sup>

Cabe entonces plantearse la interrogante de si una empresa pública puede en su capacidad de asociarse crear una sociedad civil o ser parte de una asociación. La capacidad asociativa debe entenderse en todas las situaciones en que la gente coopera para lograr determinados objetivos comunes sobre la base de un conjunto de normas y valores informales compartidos.<sup>81</sup> De tal manera que la capacidad asociativa de una empresa pública implica evidentemente la asociación de ésta misma que es entendida como la reunión de personas y que comparten un fin en común; claro siempre distinguiéndole de la sociedad mercantil por cuanto no existe el ánimo lucrativo.

A primera vista se pensaría que es posible partiendo de las simples definiciones expresadas en esta tesis y pensando que una empresa pública podría formar una sociedad civil desde el argumento de que el ánimo de lucro solo es un medio para el objetivo principal de una empresa; que es el bien común como ya lo habíamos reseñado anteriormente en esta tesis, pero conociendo que la empresa pública no tiene el carácter de personalista, difícil resulta pensar en que podría alguna en un determinado momento optar por un mecanismo asociativo de este tipo.

No obstante, es pertinente analizar un poco más a detalle las características de las sociedades civiles que se presentarían en las leyes y que una empresa pública podría considerar para aplicar. Pasemos a revisar entonces algunas modalidades asociativas civiles sin fines de lucro o exactamente conocidas en la legislación del Ecuador como las formas asociativas de la economía popular y solidaria.

## **2.1. Formas asociativas de la economía popular y solidaria**

Es pertinente analizar lo que esta ley dispone respecto de la economía popular y solidaria, sus formas de organización, quienes la integran, los principios que le rigen, entre otras de sus características para analizar la pertinencia de la constitución de una asociación bajo estas reglas por parte de una empresa pública. Si bien el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas al describir la capacidad asociativa de estos entes estatales menciona que podrán constituir cualquier tipo de asociación de la Economía

---

<sup>80</sup> Pérez, *Manual de Derecho y de la Empresa*, 380.

<sup>81</sup> Roberto Espinoza Lastra, “Capacidades Asociativas en Emprendimientos de Economía Solidaria. El caso de las comunas Tsáchilas de la provincia de Santo Domingo Ecuador” (Tesis Doctoral Universidad de Alicante), 64.

Popular y Solidaria.<sup>82</sup> Es preciso acercar nuestra investigación hacia ese entorno para emitir un criterio más cercano a la realidad práctica en el ejercicio de esta facultad.

La Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria en su artículo 1 define a la economía popular y solidaria como la forma de organización económica donde sus integrantes, individual o colectivamente, organizan y desarrollan procesos de producción, intercambio, comercialización, financiamiento y consumo de bienes y servicios para satisfacer necesidades y generar ingresos, basadas en relaciones de solidaridad, cooperación y reciprocidad, privilegiando al trabajo y al ser humano como sujeto y fin de su actividad, orientada al buen vivir, en armonía con la naturaleza, por sobre la apropiación, el lucro y la acumulación de capital.<sup>83</sup>

Dentro de este segmento de la economía la misma ley en su artículo 2 discrimina a las organizaciones que no tengan por objeto social principal la realización de actividades económicas de producción de bienes o prestación de servicios. De igual manera a las mutualistas y fondos de inversión, las mismas que se regirán por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y Ley de Mercado de Valores respectivamente.<sup>84</sup>

Se determinan en esta ley los principios que guiarán a las personas y organizaciones que reciban el amparo de la referida norma legal. El artículo 4 dispone: a) La búsqueda del buen vivir y del bien común) La prelación del trabajo sobre el capital y de los intereses colectivos sobre los individuales) El comercio justo y consumo ético y responsable) La equidad de género; e) El respeto a la identidad cultural) La autogestión) La responsabilidad social y ambiental, la solidaridad y rendición de cuentas; y) La distribución equitativa y solidaria de excedentes.<sup>85</sup>

También en este código orgánico las formas de organización de la economía popular y solidaria son mencionadas estableciendo que la integran las organizaciones conformadas en los Sectores Comunitarios, Asociativos y Cooperativistas, así como también las Unidades Económicas Populares.

El entendimiento de estos sectores vendrá también acompañado de la revisión de lo que la ley al respecto manifiesta. Según el artículo 15 de esta codificación el sector comunitario es el conjunto de organizaciones vinculadas por relaciones de territorio, familiares, identidades étnicas, culturales, de género, de cuidado de la naturaleza, urbanas

---

<sup>82</sup> Ecuador. *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 35.

<sup>83</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria*, en Registro Oficial No. 444 de 10 de mayo de 2011, art. 1.

<sup>84</sup> *Ibíd*, art. 2.

<sup>85</sup> *Ibíd*, art. 4.



o rurales; o, de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades que mediante el trabajo conjunto tienen por objeto la producción, comercialización, distribución y el consumo de bienes o servicios lícitos y socialmente necesarios en forma solidaria y auto gestionada bajo los principios que mencioné anteriormente.

Su estructura interna se adecuará a sus costumbres y formas de organización propias de sus integrantes. En estas organizaciones se contará con un fondo común que se originará del aporte de sus integrantes.<sup>86</sup> Está claro con la simple lectura del contenido de la ley que una empresa pública no se encuentra encasillada en la definición de sector comunitario. No existe ninguna empresa pública que tenga una vinculación por relaciones de territorio, familiares, identidades étnicas, culturales, de género, de cuidado de la naturaleza, etcétera.

Ahora revisemos lo que implica el sector asociativo conforme lo dice la ley en cuestión. El artículo 18 de la ley determina al Sector Asociativo como el conjunto de asociaciones constituidas por personas naturales con actividades económicas productivas similares o complementarias con el objeto de producir, comercializar y consumir bienes y servicios lícitos y socialmente necesarios, auto abastecerse de materia prima, insumos, herramientas, tecnología, equipos y otros bienes, o comercializar su producción en forma solidaria y auto gestionada bajo los principios que se mencionaron anteriormente.

Este tipo de organización, aunque más apegada a un aspecto formal de las sociedades porque ya su estructura se determina en su estatuto de acuerdo con el artículo 19 de la ley<sup>87</sup> por el hecho de que esté constituida por asociaciones de personas naturales, excluye automáticamente a que pueda existir dentro de este segmento una empresa pública que es una persona jurídica.

Resta entonces analizar el tercer segmento de las formas de la economía popular y solidaria, el cooperativismo. Al respecto del mismo el artículo 21 de la ley señala que ese conjunto de cooperativas entendidas como sociedades de personas que se han unido en forma voluntaria para satisfacer sus necesidades económicas, sociales y culturales en común, mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática, con personalidad jurídica de derecho privado e interés social.<sup>88</sup> La doctrina señala que las cooperativas son casos especiales de contratos colectivos de cooperación de un género diverso a las sociedades y distintas también de las asociaciones o fundaciones. Se

---

<sup>86</sup> Ibíd, art. 15

<sup>87</sup> Ibíd, art. 19.

<sup>88</sup> Ibíd, art. 21.

asemejan a las fundaciones y asociaciones porque permite el esfuerzo solidario de parte de un grupo, pero con la finalidad de obtener beneficio económico. Lo que les acerca a lo que son las sociedades, pero no está permitido el reparto de utilidades.<sup>89</sup>

Este tipo de sociedad tiene la interesante historia de haber nacido como fruto de movimientos mundiales de cooperativismo que fueron alentados por organizaciones efímeras o permanentes, de consumidores, de industriales, de comerciantes, de trabajadores; y que tendía a una mayor inmediatez entre la formación de productos, su consumo y goce, eliminando al máximo la intermediación. Es así una figura atípica de toda sociedad tradicional como las de personas o de capital dado que el ente se forma por una voluntad de socios que no tendrá en miras un lucro, una ganancia, una utilidad, sino tan solo el abaratamiento en una o en todas las etapas que forman la producción.<sup>90</sup> La doctrina señala que a las cooperativas las reviste el principio de puertas abiertas. Consiste en dar libertad a las personas para acceder a ser parte de una cooperativa. Aunque existe la posibilidad de que en sus estatutos se definan límites en cuanto a este aspecto.<sup>91</sup>

La cooperativa es vista con simpatía por el Estado dadas sus finalidades; así es como la beneficia con exenciones de impuestos, considerando que a más que las demás sociedades esta considera como su objetivo al bien común. Por tal motivo es el control del Estado más estricto con la cooperativa con la finalidad de evitar que a través de sus beneficios se trate de encubrir actividades comerciales que respondan a intereses grupales.<sup>92</sup>

Aunque inicialmente se debería aplicar el principio de puertas abiertas, es decir que toda persona pueda ser parte de la misma, en el Ecuador podrán ser socios de una cooperativa según el artículo 29 de la ley las personas naturales legalmente capaces o las personas jurídicas que cumplan con el vínculo común y los requisitos establecidos en el reglamento de la misma ley y en el estatuto social de la organización. Se excepcionan del requisito de capacidad legal las cooperativas estudiantiles. La calidad de socio nace con la aceptación por parte del Consejo de Administración y la suscripción de los certificados que correspondan, sin perjuicio de su posterior registro en la Superintendencia y no será susceptible de transferencia ni transmisión.<sup>93</sup>

---

<sup>89</sup> Etcheverry, *Derecho Comercial Económico. Formas Jurídicas de la organización de la empresa*, 105.

<sup>90</sup> Pérez, *Manual de Derecho y de la Empresa*, 390.

<sup>91</sup> Etcheverry, *Derecho Comercial Económico. Formas Jurídicas de la organización de la empresa*, 109.

<sup>92</sup> Pérez, *Manual de Derecho y de la Empresa*, 391

<sup>93</sup> Ecuador. *Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria*, art. 29.

A diferencia del sector asociativo si se permite a las personas jurídicas acceder al cooperativismo, por lo que en principio una empresa pública podría ser parte de una cooperativa siempre que tenga un vínculo común con el resto de cooperantes, no obstante, no existe ninguna empresa pública que se haya creado con ese sentido.

En cuanto a su estructura interna la ley señala que contarán con una Asamblea General de socios o de Representantes, un Consejo de Administración, un Consejo de Vigilancia y una gerencia.<sup>94</sup> Nada a lo que una empresa pública no podría sujetarse.

El artículo 48 y 49 de la ley dispone que el patrimonio de las cooperativas estará integrado por el capital social, el fondo irrepatriable de reserva legal y otras reservas estatutarias y constituye el medio económico y financiero a través del cual la cooperativa puede cumplir con su objeto social. El capital social de las cooperativas será variable e ilimitado estará constituido por las aportaciones pagadas por sus socios en numerario, bienes o trabajo debidamente avaluados por el Consejo de Administración.<sup>95</sup> Las aportaciones de los socios estarán representadas por certificados de aportación nominativos y transferibles entre socios o a favor de la cooperativa. Cada socio podrá tener aportaciones de hasta el equivalente al cinco por ciento (5%) del capital social en las cooperativas de ahorro y crédito y hasta el diez por ciento (10%) en los otros grupos.

En este pequeño estudio podemos decir que una empresa pública puede ser parte de una cooperativa. Se ha visto que está habilitada por ley para hacerlo tanto por la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria como por la Ley Orgánica de Empresas Públicas. No obstante, existe una condición legal; esta es que exista un vínculo común entre todos los cooperantes por lo que la empresa pública al no tenerlo no puede acceder a una cooperativa.

Ahora, si bien una empresa pública estaría habilitada por la ley para ser parte de una cooperativa, se puede decir que no resulta tener una amplia capacidad para hacerlo. Aunque la empresa pública por su naturaleza puede separarse del ánimo de lucro, es complejo que un ente de esta categoría se adhiera a una cooperativa o cree alguna partiendo del o los objetos con los cuales son creadas según la Constitución de la República.

Finalmente para culminar el análisis de las formas asociativas de la economía popular y solidaria y su aplicabilidad por las empresas públicas, el artículo 78 de la ley estipula que las Unidades Económicas Populares son las que se dedican a la economía del

---

<sup>94</sup>Ibíd, art. 47.

<sup>95</sup>Ibíd, art. 48 y 49.

cuidado, los emprendimientos unipersonales, familiares, domésticos, comerciantes minoristas y talleres artesanales; que realizan actividades económicas de producción, comercialización de bienes y prestación de servicios que serán promovidas fomentando la asociación y la solidaridad. Se considerarán también en su caso el sistema organizativo asociativo promovido por los ecuatorianos en el exterior con sus familiares en el territorio nacional y con los ecuatorianos retornados, así como de los inmigrantes extranjeros, cuando el fin de dichas organizaciones genere trabajo y empleo entre sus integrantes en el territorio nacional.<sup>96</sup>

Como se ha visto durante esta investigación las empresas públicas no responden a emprendimiento unipersonales, familiares, domésticos, comerciantes minoristas o talleres artesanales. Por lo que no queda más que concluir que la empresa pública no es compatible con la economía popular y solidaria porque no tiene esa naturaleza jurídica ni objetivos en común.

## **2.2. Sociedades mercantiles y empresa pública.**

El derecho mercantil tiene su origen en la Edad Media constituyéndose como un conjunto normativo, autónomo, subjetivo, siendo su fuente principal la costumbre. No obstante, existen antecedentes en civilizaciones anteriores que normaron instituciones que se dedicaron al comercio y que hoy en día son las que se someten al derecho mercantil. Estas regulaciones constan en el código de Hammurabi. En el derecho Romano donde apareció la corporación, las fundaciones y las asociaciones y las conocidas concesiones dedicadas a las minas.<sup>97</sup>

Nacen entonces las compañías que son reconocidas como personas jurídicas. De acuerdo al artículo 583 del Código Civil las personas jurídicas son de dos especies: Corporaciones y Fundaciones de Beneficencia Pública.<sup>98</sup> No deben confundirse a las personas jurídicas mencionadas en el artículo antes descrito del Código Civil con las sociedades de comercio que en la actualidad están reguladas por la Ley de Compañías, ya que, las descritas en el artículo referido son las que no persiguen un fin de lucro.

Jorge Osvaldo Pérez señala: *“Hay sociedad cuando se agrupan dos o más personas, con un capital que aporta cada una de ellas, a fin de implementar finalidades*

---

<sup>96</sup>Ecuador. *Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria*, art. 78.

<sup>97</sup> Víctor Cevallos, *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*. (Quito: Jurídica del Ecuador, 1992), 12.

<sup>98</sup>Ecuador. *Código Civil*, art. 583.

que le son comunes a ese grupo.”<sup>99</sup>La Ley de Compañías en su artículo 1 establece que el contrato de compañías es aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades.<sup>100</sup>

Por otro lado, debe entenderse los aspectos que tiene una sociedad. María Del Rosario Naranjo menciona que la sociedad tiene dos aspectos: uno formal que es el bien común u objeto social y uno material. El objeto social viene a ser la finalidad de las sociedades. En este caso las sociedades tienen un carácter lucrativo pues la pretensión de los socios es obtener beneficios y dividírselos mientras que el aspecto material se refiere a la pluralidad de personas.<sup>101</sup>

En cuanto a la clasificación de las compañías podemos empezar por señalar lo que la doctrina al respecto menciona. La misma autora manifiesta que las sociedades mercantiles o compañías se clasifican en: 1.- Por la responsabilidad, las compañías de responsabilidad limitada e ilimitada; 2.- Por las personas, las sociedades de personas y de capital; 3.- Por el origen del capital, industriales, comerciales, artesanales, turísticas y agrícolas, y; 4.- Por su objeto social, industriales, comerciales, artesanales, turísticas y agrícolas.<sup>102</sup>

Otra clasificación doctrinaria se permite disponerlas de la siguiente manera: 1.- Por su nacionalidad: nacionales y extranjeras. 2.- Por el origen de su capital: nacionales, mixtas y extranjeras. 3.- Por la mutabilidad o inmutabilidad de su capital: de capital fijo y de capital variable. 4.- Por su objeto: artesanales, agropecuarias, turísticas, de transporte, de la pequeña industria, consultoras, entre otras. 5.- De personas y de Capital: las primeras hacen prevalecer la calidad de socios antes que el capital aportado. En las otras los socios no importan tanto, ya que, lo primordial es el capital.<sup>103</sup>

Si bien podemos encontrar varias clasificaciones de las compañías o sociedades mercantiles es preciso que la importancia de dicha clasificación deberá obedecer al sentido de esta investigación. Por ende, sin menospreciar las distintas clasificaciones que pueden aparecer con los doctrinarios cabe recoger el análisis del autor Pérez.

Al respecto de la clasificación de la sociedad mercantil por personas y el capital, Pérez dice que se trata de una clasificación ociosa por cuanto toda sociedad comercial por

---

<sup>99</sup> Pérez, *Manual de Derecho y de la Empresa*, 374.

<sup>100</sup> Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 1.

<sup>101</sup> María del Rosario Naranjo, *Derecho Mercantil y Societario*. (Quito: Signatura topográfica, 1999), 253.

<sup>102</sup> Ibid, 254.

<sup>103</sup> Cevallos, *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*, 374

el solo hecho de serlo es a la vez de personas y de capital. No se concibe un ente social comercial que no tenga estos dos elementos indispensables. Lo que sucede es que en la realidad ciertas sociedades por su misma naturaleza consideran más el aspecto personal, el “afecto” entre los socios, que otras en las cuales el capital en sí mismo es predominante antes que la persona de quien lo integra en la sociedad.<sup>104</sup>

Podemos decir que las sociedades de personas responden solidaria e ilimitadamente ante terceros mientras que en las sociedades de capital sus socios responden hasta el monto de su aporte. Las sociedades de capital son: la de economía mixta, la anónima, la en comandita por acciones y la de responsabilidad limitada.<sup>105</sup> La importancia que reviste esta consideración sobre las personas y el capital radica en que dicha clasificación es la que nuestra legislación ha acogido. Las sociedades de personas y de capital.

La Ley de Compañías establece en su artículo 2 cinco clases de compañías mercantiles. Estas son: La compañía en nombre colectivo, la compañía en comandita simple y dividida por acciones, la compañía de responsabilidad limitada, la compañía anónima, y, la compañía de economía mixta. Dice la ley que estas cinco especies de compañías constituyen personas jurídicas y que reconoce además la compañía accidental o cuentas en participación. Es pertinente entonces caracterizar a cada especie de compañía que determina la Ley de Compañías para demostrar si existe compatibilidad con la empresa pública y, si estas modalidades pueden o no ser aceptadas en ejercicio de su capacidad asociativa. Sin embargo, vale empezar con un análisis de algunos caracteres generales de las sociedades mercantiles y su compatibilidad con la empresa pública.

La Ley de Compañías hace referencia sobre el objeto de la sociedad mercantil. Determina que éste debe ser único, lo que implica que las compañías no pueden realizar varias o distintas actividades que no tengan relación con su objeto empresarial.<sup>106</sup> En el caso de las empresas públicas como lo determina el artículo invocado de la ley del ramo, que a su vez hace referencia al texto constitucional, estos entes están destinados a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado. Siendo estos sus objetos mientras

---

<sup>104</sup> Ibíd, 381.

<sup>105</sup> Cevallos, *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*, 22.

<sup>106</sup> Ecuador, *Ley de Compañías*, Registro Oficial 312, 05 de noviembre de 1999, art. 3.

que las empresas tradicionales o del ámbito privado serán los actos de comercio los que se conviertan en su objeto como lo veremos más adelante en esta investigación.

Considerando que el origen de la sociedad surge del aporte de los individuos su gobierno se deberá a los mismos. Por lo que las decisiones que le afecten a esta persona distinta a la de los individuos será tomada por sus votos.<sup>107</sup> Siendo relevante que, aunque para que se tomen decisiones de la sociedad mediante los votos y normalmente por la mayoría de los mismos, más tratándose de modificaciones sustanciales al contrato, existe la libertad de que se estipule en dicho instrumento de sociedad una situación distinta. Aquello no sucede en la empresa pública; partiendo de que no está conformada por el aporte de individuos no se regenta por los mismos sino por la voluntad de los ciudadanos a través de la ley.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas determina que la administración de la empresa pública está en sus órganos de administración el Gerente General y el Directorio.<sup>108</sup> El Gerente General de la misma manera que en una empresa o sociedad mercantil es el administrador de la institución. De acuerdo a la especie de compañía este tiene más o menos facultades para decidir respecto de la administración de la misma. En una empresa pública regentada bajo el principio de legalidad, por tratarse de una entidad del Estado y ser parte de la administración pública, el Gerente General cumple con las funciones que la ley le determina y las que el Directorio le dispone.

En cuanto al directorio de una empresa pública este se erige como el máximo organismo para la toma de decisiones y sus funciones son las determinadas en la ley.<sup>109</sup> Ese rol del directorio en una empresa privada es aquel que desenvuelve la junta general de accionistas o socios en una sociedad mercantil.

El Código Civil menciona unas particularidades de la sociedad y que da cuenta de lo lógico que resulta de asociarse. La ley admite a la sociedad siempre y cuando exista un aporte de los socios y que el mismo sea apreciable en dinero o efectos, ya en industria, servicio o trabajo apreciable en dinero, además advierte que sin la participación de los beneficios no habrá sociedad, y delimita que este beneficio tiene que ser apreciable en dinero por lo que no existe el beneficio moral.<sup>110</sup> Se hace manifiesta entonces la principal característica de la sociedad mercantil; el beneficio percibido en dinero es lo que hace

---

<sup>107</sup>Ecuador. *Código Civil*, art. 1958.

<sup>108</sup>Ecuador. *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 6.

<sup>109</sup>*Ibíd*, art. 9.

<sup>110</sup>Ecuador. *Código Civil*, art. 1959.

existir a la sociedad. Distinto acontécete con la empresa pública como lo hemos visto doctrinariamente en este estudio. La empresa del Estado mira en el lucro el camino que le llevará a alcanzar el bien común, idéntico objetivo que el de la administración pública.

Siguiendo con el análisis, cobra radical importancia el objeto de la compañía o de la empresa pública; de él dependen las actividades que estas podrán realizar. Devendrá de aquel objeto los actos y contratos que la compañía o empresa pública pueda celebrar. En ese sentido, una empresa privada o pública encargada de prestar el servicio de transporte, por ejemplo, no podrá brindar servicios de alimentación y suscribir contratos o actividades distintas a ese objeto.

Respecto a otro aspecto, el domicilio de la compañía deberá establecerse en el contrato de constitución de la misma; vale señalar que el mismo deberá ser suscrito mediante una escritura pública. En la misma forma lo hará la empresa pública, aunque no será mediante una escritura pública sino mediante decreto ejecutivo y/o en algunos casos Ley.

En cuanto a las obligaciones de los socios el artículo 15 de la Ley de Compañías establece que los socios podrán examinar los libros y documentos de la compañía relativos a la administración social; lo cual es lógico desde un punto de vista común. Aunque los accionistas de las compañías anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, solo tendrán derecho a que se les confiera copia certificada de los balances generales, del estado de la cuenta de pérdidas y ganancias, de las memorias o informes de los administradores y comisarios, y de las actas de las juntas generales, podrán solicitar la lista de accionistas e informes acerca de los asuntos tratados o por tratarse en dichas juntas.<sup>111</sup>

En una empresa pública, especialmente las pertenecientes al Estado Central, la vigilancia y el control deviene en dos entidades de carácter público. Por un lado la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas que es una empresa pública que tiene por objeto planificar, articular, coordinar, controlar y validar las políticas y acciones de todas las empresas públicas, sus subsidiarias, filiales, agencias y unidades de negocio constituidas por la Función Ejecutiva y de las que se llegaran a crear, fusionar o suprimir<sup>112</sup> y por otro la Contraloría General del Estado cuyo objeto es establecer y mantener, el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, y regular su

---

<sup>111</sup>Ecuador. *Ley de Compañías*, art 15.

<sup>112</sup> Ecuador, *Decreto Ejecutivo 842*, Registro Oficial 647, Suplemento, de 11 de diciembre de 2015, art. 2.



funcionamiento con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos.<sup>113</sup> En el caso de las empresas públicas creadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados y las universidades, el control solo es realizado por la Contraloría General del Estado.

El artículo 17 de la Ley de Compañías estipula que cuando a nombre de una compañía o de otras personas naturales o jurídica se cometa fraudes, abusos o vías de hecho, serán personal y solidariamente responsables: quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar; los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y, los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución.<sup>114</sup> Sucede lo mismo en una empresa pública donde el gerente general es el responsable de la gestión empresarial.<sup>115</sup>

Continuando con este análisis, debe también existir claridad en quienes conforman la sociedad, es decir, no puede haber una sociedad a título universal; sea de bienes presentes y venideros. De igual forma tiene que haber especificidad en cuanto a las ganancias; por tal motivo éstas se deben dividir según la participación de cada socio. La única sociedad donde las ganancias son a título universal es en el matrimonio. En una empresa pública no hay reparto de utilidades. Las ganancias de éstas van directamente a las arcas fiscales donde se siguen las reglas administrativas y la planificación nacional para su destino final.

Ahora bien, en el contrato de sociedad deben existir principales determinaciones que son importantes de análisis, dado que, en aplicación de esta modalidad como vehículo asociativo en ejercicio de su capacidad de asociado de una empresa pública ésta deberá analizar sus compatibilidades previo a asumir tales compromisos derivados o inherentes de una sociedad mercantil.

Cuando en una sociedad no se exprese el plazo para su inicio o la condición para el nacimiento se entiende que la misma empieza la fecha que tiene el contrato; por otro lado, cuando no se exprese el fin de la sociedad la vida de sus asociados se extenderá a la vida de la sociedad. Es decir, la sociedad perdurará mientras sus socios existan salvo que aquellos renuncien a ser parte de la misma. Pero cuando se trate de una sociedad que haya

---

<sup>113</sup> Ecuador, *Ley orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 595, Suplemento, de 12 de junio de 2002, art. 1.

<sup>114</sup> Ecuador. *Ley de Compañías*, art 17.

<sup>115</sup> Ecuador. *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 10.

sido creada para un negocio en específico que tenga una duración limitada, ésta durará mientras exista el negocio<sup>116</sup>. Si adecuamos las características de existencia de la sociedad mercantil a la empresa pública, esta nacería la fecha en que se promulgue en el registro oficial el decreto, la ordenanza o la ley que la crea. Si aplicamos la forma en que llega a su fin la sociedad mercantil a una empresa pública, ésta jamás terminaría por cuanto estaría atada su existencia a la del Estado; salvo que se exprese un plazo o condición en su acto de creación. La forma de terminar su existencia sería la misma con la que se creó, es decir, mediante un decreto, una ordenanza o una ley, posteriormente tendría que liquidarse tal y como sucede con una sociedad mercantil.

Partiendo de la libertad de los contratos entre personas de derecho privado, las sociedades mercantiles repartirán las ganancias y pérdidas conforme los contratantes lo estipulen; por lo que no podrá haber una reclamación posterior entre éstos salvo que aquello haya sido manifiestamente injusto o malvado. En ese caso, el afectado dentro de los siguientes tres meses, y siempre que no haya sido puesto en ejecución por el mismo aquello que le afecte, podrá reclamar. A ninguno de los socios se le podrá perjudicar en este sentido; si la persona a quien se le ha cometido este arbitrio fallece antes de cumplir su encargo o deja de cumplirlo por otra causa, cualquier socio podrá darle fin a la sociedad y la distribución de los beneficios se repartirá a falta de disposición expresa a prorrata de los valores que cada socio dispuso en el fondo social; y la división de las pérdidas a prorrata de la división de los beneficios.<sup>117</sup> Aquello no es propio de una empresa pública. Si existieren pérdidas en una entidad de esta naturaleza serán las entidades de control las que deberán determinar la responsabilidad de los administradores de la empresa pública.

En una sociedad mercantil puede darse el caso en que uno o varios de los socios haya aportado al fondo social con su industria, servicios o trabajo y no se haya estipulado su cuota en cuanto a sus beneficios, será el juez quien fije esta cuota de ser necesario. Y si en el mismo no existe estipulación para la división de las pérdidas se entenderá que no cabe otra que la de dicha industria, trabajo o servicio.<sup>118</sup> En la empresa pública las pérdidas las asume el Estado. No es novedad para los ciudadanos que la mala administración en las empresas públicas resulte en nada más que pérdidas y desfalcos al heraldo público.

Una disposición común de las sociedades mercantiles sobre la distribución de las pérdidas y ganancias es que ésta no puede hacerse respecto de la gestión de cada socio o

---

<sup>116</sup>Ecuador. *Código Civil*, art. 1969.

<sup>117</sup>Ibíd, arts. 1970-2.

<sup>118</sup>Ecuador. *Código Civil*. Art. 1973

depender de cada negocio de la sociedad. En otras palabras, si el acierto o desacierto de un socio le hace ganar o perder a la sociedad, no podrá a éste disminuirse su beneficio o su pérdida respecto de su acierto o desacierto. Por lo mismo los negocios en donde la sociedad reporte beneficios compensarán aquellos en los que reporte pérdidas; y los resultados definitivos recaerán en las operaciones sociales de la sociedad. No implica tampoco, en el caso de los socios que son comanditarios o anónimos, que éstos deban colacionar los beneficios que hayan recibido de buena fe.<sup>119</sup> Este carácter de económico de la sociedad es aquel que ha permitido un desarrollo amplio del ámbito societario. No obstante, la empresa pública, aunque no tenga ese carácter económico como su motivación de existir, si lo tiene como un medio para alcanzar su objetivo principal que es el bien común. Semejante a las organizaciones colectivas privadas consideradas civiles que buscan únicamente el beneficio para todos sus miembros.<sup>120</sup>

Dejando de lado este análisis del ánimo de lucro de la sociedad de comercio, es importante analizar las obligaciones que los socios tienen entre sí. Esto porque la empresa pública cuando haya ejercido su capacidad de asociarse, tendrá que tomar en cuenta las obligaciones que ha adquirido; más si se trata de un socio que ha utilizado como vehículo una compañía mercantil.

La principal obligación de los contratantes está desde y para el inicio de la sociedad a través del aporte. El aporte puede hacerse en propiedad o en usufructo, mismos que pertenecen a la sociedad desde el momento de hacerlo efectivo. Una empresa pública por sus características, está en la misma posibilidad de aportar dinero, especies, industria o trabajo que cualquier persona natural o jurídica de derecho privado. En una empresa mercantil si uno o varios de los socios ha retardado la entrega de su aporte para la sociedad, deberá resarcir al resto de socios todos los perjuicios que haya ocasionado su retardo, considerando inclusive al socio que demoró el aporte de su industria.<sup>121</sup> Una empresa pública que inicie una sociedad mercantil, deberá tomar en consideración obligaciones de este estilo pues resarcir daños a su socio seguramente implicaría responsabilidades para sus administradores públicos.

Al formar una sociedad mercantil cuando uno de los contratantes ha decidido aportar la propiedad, el destino de la cosa pertenece a la sociedad y ésta queda exenta de

---

<sup>119</sup>Ibíd, art. 1974.

<sup>120</sup>Raúl Etcheverry, *Derecho Comercial Económico: Formas Jurídicas de la organización de la empresa* (Buenos Aires: Astrea, 1995), 1.

<sup>121</sup>Ecuador. *Código Civil*, art. 1987.

la obligación de restituirla en especie. Mientras que si se aporta el usufructo de la cosa la pérdida o deterioro no se le puede imputar a la sociedad; más si perteneciera al socio que hace el aporte. Cuando se trata de aporte de cosas fungibles en cosas que se deterioran por el uso, en cosas tasadas o cuando su precio se ha fijado en convenio con los socios, en materiales de fábricas o artículos de venta pertenecientes al negocio o giro de la sociedad, pertenecerá la propiedad a ésta con obligación de restituir al socio su valor que ascenderá al valor que las cosas tuvieron al momento de ser aportadas; pero en tratándose de cosas apreciadas se deberá al socio la apreciación.<sup>122</sup> Si concebimos que las empresas públicas tienen capacidad de asociarse, está dentro de ese entendimiento que el aporte que ésta haga puede ser cualquiera de las posibilidades permitidas por la ley.

Menciona el Código Civil que cuando un socio aporta un cuerpo cierto, sea éste propiedad o usufructo, y si lo pierde por sentencia, estará obligado a resarcir el daño a la sociedad.<sup>123</sup> Los socios solo están obligados al aporte de lo que se haya comprometido a realizar y no más, así lo determina el Código Civil en su artículo 1991.<sup>124</sup>

Otra norma común de los socios frente a la sociedad, es que ninguno por sí solo tiene la facultad de incorporar a la sociedad a otra persona, lo cual es totalmente lógico, ya que, la sociedad es un contrato de voluntades y sin el consentimiento de sus integrantes no puede incorporarse a miembros ajenos a la misma. Con ese mismo sentido resulta evidente que un socio no puede obligar a la sociedad en compromisos que éste asuma a su nombre como contraer créditos u otras obligaciones semejantes. Así lo determina el artículo 1998 del Código Civil.<sup>125</sup> Aquel socio que incurra en una cuestión de esa naturaleza se hará responsable a sí mismo y no extenderá dichas obligaciones a la sociedad. Cuando se trata de una sociedad colectiva y ésta ha adquirido obligaciones crediticias éstas serán asumidas por sus socios de manera solidaria y a prorrata.

Luego de haber revisado las principales características de las sociedades y las obligaciones de sus miembros y administradores, es pertinente ahora hablar de la disolución de las mismas. La sociedad existe durante el plazo para el que fue constituida o durará el periodo que le tome el cumplimiento de la condición que los socios estipularon en el contrato. Sin embargo, este plazo o condición puede prorrogarse por acuerdo de los socios. Cuando la existencia de la sociedad depende de la finalización de un negocio y se

---

<sup>122</sup>Ibíd, art. 1988.

<sup>123</sup>Ibíd, art. 1989.

<sup>124</sup> Ibíd, art. 1991.

<sup>125</sup> Ibíd, art. 1998.

ha prefijado un día específico para su terminación, llegado el mismo sin que el negocio se haya finalizado, el Código Civil en su artículo 2003 advierte que se disolverá la sociedad.<sup>126</sup>

Otra de las causales para la disolución de la sociedad está en su insolvencia y cuando se extinguen las cosas que forman su objeto total. Señala el código este adjetivo porque si la extinción es parcial la sociedad persistirá. No obstante, los socios podrán exigir su disolución si con esa parcialidad le es insuficiente a la sociedad su subsistencia. Vale recordar que como se mencionó anteriormente como obligación de los socios, cuando alguno de ellos no aporta lo que ofreció aportar los demás miembros podrán solicitar la disolución de la sociedad.<sup>127</sup>

Del análisis se extrae que la existencia de la sociedad depende del aporte de sus socios, por lo mismo cuando se ha extinguido aquello es pertinente la disolución de la sociedad; pero cuando la extinción es parcial la sociedad persiste porque el aporte de uno o más socios sigue pendiente en la misma. Pero si éste aporte no le permite continuar en existencia práctica a la sociedad los socios podrán pedir la disolución. Bajo ese entendimiento se derivan algunas precisiones como por ejemplo la establecida en el artículo 2006 del Código Civil<sup>128</sup> cuando se menciona sobre el aporte de uno o varios socios de la propiedad de una cosa o su usufructo.<sup>129</sup>

Otra clara causal de la disolución de la sociedad es la muerte de cualquiera de los socios. Es evidente que si uno de los miembros que conforman la sociedad debe dejar de existir. Sin embargo, por ley o por disposición de los socios en la constitución de la sociedad ésta puede continuar con los herederos o sobrevivientes. Cuando existan obligaciones o tareas pendientes que las estaba ejecutando el socio que hubiere fallecido éstas deberán ser terminadas previo a la disolución de la sociedad. Así lo estipula el Código Civil en su artículo 2007.

Como se ha podido evidenciar en este análisis la suerte de la sociedad es la suerte de sus socios; esto en razón de que la sociedad está conformada por ellos. En ese sentido la incapacidad o la insolvencia de uno de los socios es una causal para la disolución de la sociedad. No obstante, así como en el caso de las personas naturales suceden en las

---

<sup>126</sup> *Ibíd*, art. 2003.

<sup>127</sup> *Ibíd*, art. 2004 – 5.

<sup>128</sup> *Ibíd*, art. 2006.

<sup>129</sup> *Ibíd*, art. 2007.

obligaciones curadores o representantes del incapaz o el fallecido, lo harán en una sociedad los curadores y representantes de sus socios.<sup>130</sup>

Teniendo en cuenta que la sociedad se origina de un contrato que no es más que el acuerdo de voluntades de los partícipes, la sociedad puede disolverse por la renuncia de uno de sus socios salvo que como se había mencionado en líneas pasadas cuando la sociedad tenga como condición para su existencia un negocio o una fecha específica no será válida la renuncia mientras el negocio no finalice o la fecha determinada no llegue. Así lo estipula el artículo 2012 del Código Civil.<sup>131</sup> Una vez que la sociedad es disuelta corresponde la división de los objetos o bienes que componen su patrimonio. Esta división seguirá las reglas del Código Civil, es decir se dividirá el haber de la sociedad entre los socios o los sucesores y acreedores de éstos de ser el caso.

Este tipo de circunstancias que pueden suceder en una sociedad mercantil deben analizarse previamente en una empresa pública para cuando inicie un procedimiento de asocio que prevea la creación de una empresa mercantil. Esto en razón de que las empresas públicas al tener ese carácter deben seguir ciertas reglas propias de tal esencia. De tal manera, que la empresa pública debe determinar los procedimientos a seguir para ejercer su capacidad de asocio, garantizando el buen uso y cuidado de los recursos públicos, el éxito del proyecto, y, aquello lo ratifica el señor Procurador General del Estado<sup>132</sup>.

Para esto su cuerpo directivo deberá diseñar las normas que de acuerdo a su objeto y actividad deberán cumplir para la aprobación de un proyecto, que preverá un modelo de negocios que garantice la sustentabilidad del mismo<sup>133</sup>, así como el inicio y desarrollo de un procedimiento asociativo. El criterio vinculante del señor Procurador General del Estado ha previsto que la selección de los socios de una empresa pública se realice mediante un concurso público.<sup>134</sup> En ese sentido tendrá la entidad de Estado que preparar bases o pliegos que estipulen las condiciones y características que deberá cumplir el potencial socio que constituirá la sociedad mercantil con la empresa pública.

---

<sup>130</sup> Ibíd, art. 2010.

<sup>131</sup> Ecuador. *Código Civil*, art. 2012.

<sup>132</sup> Ecuador Procurador General del Estado, *oficio Nro. PGE. No.: 01796*, de 20 de junio de 2018.

<sup>133</sup> Organización de las Naciones Unidas. "Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects", Nueva York, 2001, XI.<<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>>

<sup>134</sup> Ibíd.

De manera que, una empresa pública en consecuencia de su objeto deberá establecer las políticas que debe cumplir para seleccionar los proyectos que desea ejecutar. Así como los pasos que debe seguir para seleccionar a sus socios en virtud de un concurso público. El resultado será la suscripción de un acuerdo asociativo o contrato de alianza que estipule las obligaciones, prohibiciones, indulgencias y otras circunstancias a las que se acogerían las partes para asociarse. También el vehículo asociativo que escogerán para formalizar el asocio. En ese momento de preverse la creación de una sociedad mercantil habrá que considerarse las particularidades a las que los socios se podrían enfrentar considerando sus calidades públicas o privadas que les revisten.

En este punto es pertinente revisar una por una las sociedades mercantiles y su compatibilidad con la empresa pública.

### **2.2.1. La compañía en nombre colectivo**

Este tipo de compañía según la opinión dominante en la doctrina nace en el seno de las familias de mercaderes. Los hermanos continuaban la explotación del negocio mercantil del padre constituyendo entre ellos una especie de comunidad familiar que más tarde se transforma en una comunidad de trabajo entre personas no ligadas por lazos de sangre. Pero aun transformando el vínculo familiar en vínculo social subsiste como reminiscencia de su origen el elemento de confianza mutua, del compañerismo.<sup>135</sup>

El autor Garrigues la define como la: “*sociedad personalista dedicada, en nombre colectivo y bajo el principio de la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria de los socios, a la explotación de una industria mercantil*”.<sup>136</sup> Esta es la sociedad más simple y común. Se da cuando dos o más personas se aúnan para llevar adelante negocios de beneficio recíproco poniendo en el empeño cada una de ellas un capital determinado; que no se determina en partes, cuotas o porciones, sino que aparece como un porcentual dentro de un cien por ciento integrado. Ese capital puede ser aportado en dinero o en cosas las que se cuantifican en un valor determinado.<sup>137</sup>

- De la administración.

Según el Código Civil en su artículo 1975 la sociedad colectiva es la que es administrada por todos los socios o por un mandatario pudiendo no ser éste un socio. Lo

---

<sup>135</sup> Ibíd, 59.

<sup>136</sup> Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, (México: Porrúa, 1981), 354.

<sup>137</sup> Pérez, *Manual de Derecho y de la Empresa*, 382.

mismo puede determinarse en el contrato de sociedad o puede darse en un acto posterior acordado unánimemente entre los contratantes.<sup>138</sup>

En este tipo de sociedad se admite que existan uno o varios comanditarios en donde los mismos tendrán las mismas reglas determinadas para las sociedades en comandita; aunque los demás socios que no son comanditarios quedan sujetos entre sí y respecto de los terceros a las reglas de las sociedades colectivas.<sup>139</sup> El socio nombrado administrador en el contrato no puede renunciar a su cargo sin que haya incurrido en una de las causales previstas en el mismo; salvo que dicha renuncia sea aceptada por todos los socios o cuando sea removido por haber incurrido en alguna de las causales y lo haya así mocionado alguno de los socios.<sup>140</sup>

En este tipo de compañías la generalidad es que su administración pueda ser realizada por cualquiera de los socios. Sin embargo, puede estipularse en su contrato de creación que la administración sea realizada por uno de ellos. Cuando no le es conferida la administración a alguno de los socios se entenderá que esta compañía es administrada por todos los ellos.<sup>141</sup>

Para la administración se deberá obedecer las reglas determinadas en la ley y en el contrato mismo por lo que cada socio podrá: a) oponerse a los actos de su consocio siempre que esté pendiente su ejecución o no haya surtido el efecto legal correspondiente; b) servirse para su uso personal de las cosas del haber social, siempre que su empleo sea según su destino ordinario y no perjudique a la sociedad ni al justo uso de otros) cada socio puede obligar a otro a que haga con él las expensas necesarias para la conservación de las cosas sociales, y; d) no podrá un socio hacer cambios en los inmuebles de la sociedad sin que los demás socios lo consientan.<sup>142</sup>

En esta especie el administrador evidentemente queda designado para realizar todos los actos y contratos que fueren necesarios para el cumplimiento de los fines sociales de la compañía. De todos modos, podrá limitársele sus facultades en el contrato de constitución así lo reza el artículo 45 de la Ley de Compañías. El administrador deberá representar judicial y extrajudicial a la compañía. Además será el responsable del cuidado contable de la misma.<sup>143</sup>

---

<sup>138</sup>Ecuador. *Código Civil*, 1975.

<sup>140</sup>Ecuador. *Código Civil*, art. 1975-1976.

<sup>141</sup> Naranjo, *Derecho Mercantil y Societario*, 270.

<sup>142</sup>Ecuador. *Código Civil*, art. 1985.

<sup>143</sup>Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 45.



En esa misma línea según lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley de Compañías el administrador tendrá la facultad de gravar o enajenar los bienes inmuebles de la compañía. Bastando con que cuente con la anuencia de la mayoría de los socios. Lo cual también será necesario en caso de que el administrador requiera delegar sus facultades a uno de ellos; y, aunque no sea el autor directo de los actos del delegado, el administrador será responsable de la gestión que éste hiciera.

El artículo 49 de la Ley de Compañías menciona que los administradores no podrán ser removidos de su cargo sino por dolo, culpa grave o inhabilidad en el manejo de los negocios. La remoción podrá ser pedida por cualquiera de los socios y en caso de ser judicial esta solicitud de remoción deberá ser declarada por sentencia.<sup>144</sup>

- De la constitución y el capital.

El contrato para la constitución de esta especie de compañía debe celebrarse por escritura pública misma que debe ser aprobada por el juez de lo civil de la respectiva jurisdicción. El juez posteriormente ordenará la publicación y la inscripción en el respectivo registro mercantil.<sup>145</sup>

En este tipo de compañías para la denominación se utiliza el nombre de los socios o uno de ellos acompañados de la palabra y compañía. La Ley de Compañías determina que la razón social de este tipo de compañías solo podrá ser el nombre de los socios o de uno de ellos siendo ésta una de las principales características de esta especie.<sup>146</sup> Esta no es una sociedad de capital. Si bien los socios aportan capital lo fundamental es el esfuerzo de ellos. El capital de esta compañía no es del interés de terceros toda vez que los socios responden con su patrimonio.<sup>147</sup> El capital aportado por los socios deberá constar avaluado en el contrato social.<sup>148</sup>

Una sociedad siempre va a requerir que exista confianza entre sus miembros. No obstante, la sociedad en nombre colectivo se caracteriza por ese valor agregado que hace que sus miembros depositen en sí mismos absoluta confianza. Ellos se vuelven solidariamente e ilimitadamente responsables de la compañía de manera que por un lado hace que la observancia de la administración esté presente en cada actuación.

Caracterizada esta sociedad mercantil tomando en consideración su constitución, capital y administración, se demuestra un alto porcentaje de compatibilidad con una

---

<sup>144</sup>Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 49.

<sup>145</sup> Naranjo, *Derecho Mercantil y Societario*, 269.

<sup>146</sup>Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 36.

<sup>147</sup> Cevallos, *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*, 63.

<sup>148</sup> Naranjo, *Derecho Mercantil y Societario*, 269.

empresa pública. Una empresa pública tiene capacidad asociativa, pudiera tener el capital a ser aportado, así como podría y debería seguir la administración conforme se encuentra determinada en la ley y en el contrato social. Sin embargo, una empresa pública no concibe en su esencia la misma naturaleza jurídica de una compañía en nombre colectivo.

La empresa pública ha sido creada para fines específicos establecidos en la Constitución de la República como hemos visto anteriormente. Aquello es totalmente alejado de la esencia de una compañía en nombre colectivo. Esta nace de la necesidad de las personas de continuar con un negocio ya iniciado o con consideración de los afectos de sus partícipes; siendo quizá ese el motivo por el cual la ley determinó que ésta especie de compañía semejante a algunas de las formas de la economía popular y solidaria sólo pueda ser conformada entre personas naturales.<sup>149</sup>

Aunque demuestra ser una especie bastante atractiva para una empresa pública por la forma en que se caracteriza desde su naturaleza por ser una entidad pública que busca por sobre todo objetivo el bien común. Desde el texto legal se excluye a las personas jurídicas para su constitución así lo expresa textualmente la ley de compañías en su artículo 42.<sup>150</sup>

Más allá del impedimento manifiesto en la ley del ramo para que personas jurídicas puedan conformar una sociedad mercantil en nombre colectivo. Esta especie de compañía no tiene en la actualidad una gran acogida ni siquiera cuando de emprender un negocio familiar se trata. Las especies mercantiles predominantes son la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima. Por lo cual cabe mencionar que, aunque fuera posible legalmente constituir una sociedad mercantil en nombre colectivo, una empresa pública no optaría por esta especie; pues se trata de una sociedad con muchas limitaciones y personalista eminentemente.

### **2.2.2. De la compañía en comandita**

Jorge Pérez menciona que: *“Este tipo de sociedad es una intermedia entre la anónima y la colectiva, o sea, entre una sociedad de capital y una de personas.”*<sup>151</sup> De lo advertido por el autor Pérez se entiende pudiera extenderse la responsabilidad de los socios hasta su patrimonio; así como hasta el aporte de su capital. La tratadista Naranjo

---

<sup>149</sup> Ibíd, art. 36.

<sup>150</sup> Ibíd, art. 42.

<sup>151</sup> Pérez, *Manual de Derecho y de la Empresa*, 389.

sostiene que ésta especie de sociedad implica una responsabilidad limitada y en parte ilimitada por los socios. Existiendo dos grupos de socios.<sup>152</sup>

Según el Código Civil en su artículo 1966 la sociedad en comandita es en la que sus socios o uno de ellos se obligan solamente hasta el valor de sus aportes. En esta sociedad los socios comanditarios están prohibidos de incluir sus nombres en la razón social y tomar parte en la administración de la sociedad y cuando incumplen con lo dicho tienen la responsabilidad en igual medida que los socios de una sociedad colectiva.<sup>153</sup>

La doctrina menciona que es la sociedad personalista que actúa bajo una razón social y que está integrada por uno o varios socios colectivos llamados Accomandatari (comanditados) o gerentes. Y por otros que limitan su responsabilidad al importe de sus aportaciones denominados Accomandati (comanditarios).<sup>154</sup> Sociedad personalista también porque las cualidades de los socios son determinantes para el nacimiento de la sociedad. De los socios comanditarios depende el riesgo de una pérdida limitada. Consecuencia de dicha característica personalista es la no transmisibilidad de la cualidad de socio colectivo.<sup>155</sup>

- De la constitución.

Esta especie de compañía se constituye en la misma forma y con las mismas solemnidades que la compañía en nombre colectivo. Los requisitos legales son entonces que se celebre mediante escritura pública y que dicha escritura contenga aspectos como:

a) Personales: La sociedad misma como persona jurídica, razón social y duración de la compañía, los socios gestores, sus nombres, apellidos y domicilio. b) Reales: el capital que aporta cada socio, en dinero, crédito o efecto, con la expresión del valor o de la base para el avalúo; la cantidad que en su caso, se asigne a cada socio para gastos particulares. c) Razón social: La razón social como nombre propio de la sociedad es el exponente de la personalidad jurídica. Al nombre de la sociedad se le añade el nombre “en comandita”. d) Duración de la compañía: cuando la duración de la compañía se concreta mediante una fijación de un término, la expiración de ésta es causa de disolución.<sup>156</sup>

- De los socios.

Esta especie se caracteriza por contraerse entre uno o varios socios solidaria e ilimitadamente responsables y otro u otros que solamente suministran fondos. Éstos

---

<sup>152</sup> Naranjo, *Derecho Mercantil y Societario*, 276.

<sup>153</sup> Ecuador. *Código Civil*, art. 1966.

<sup>154</sup> Cevallos, *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*, 81.

<sup>155</sup> Naranjo, *Derecho Mercantil y Societario*, 276.

<sup>156</sup> Naranjo, *Derecho Mercantil y Societario*, 278.

últimos se conocen como socios comanditarios que serán responsables hasta el monto de sus aportes. Ésta en igual forma que la sociedad en nombre colectivo deberá tener como razón social el nombre de uno o varios socios solidariamente responsables al que se le agregará la frase compañía en comandita.<sup>157</sup>

Existe la compañía en comandita por acciones donde solamente las personas naturales podrán ser socios comanditados. Pero las personas jurídicas sí podrán ser socios comanditarios. Esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 301 de la Ley de Compañías.<sup>158</sup> Por lo que, aunque una empresa pública podría ser socio comanditario porque la Ley de Compañías permite que las personas jurídicas la conformen<sup>159</sup>, su capital es público lo que le impediría fundar una sociedad que está concebida sea fundada con capital privado.

Bajo ese mismo lineamiento conociendo la limitación de los socios comanditarios, cuando fallece alguno de ellos no será causal de liquidación de la compañía. Así lo expresa la ley de compañías en su artículo 60.<sup>160</sup> Recordemos que el fallecimiento de uno de los socios por regla general en una sociedad en nombre colectivo es una causal de liquidación de la compañía.

Tampoco los socios comanditarios podrán aportar su capacidad de crédito o industria<sup>161</sup> siendo un limitante para el accionar de la empresa pública en su calidad de socio; desde una perspectiva liberal. Ya que, desde una óptica conservadora podría ser bien visto que una empresa pública no comprometa su capacidad de crédito o industrial por cuanto el manejo de la cosa pública se entiende muchas veces de por sí en arriesgar menos o lo estrictamente necesario. Así tampoco, un socio podrá ceder ni traspasar a otras personas sus derechos en la compañía ni sus aportaciones sin el consentimiento de los socios. Y cuando así sea se constituirá una nueva escritura así lo determina el artículo 63 de la Ley de compañías.<sup>162</sup>

- De la administración.

En cuanto a la administración de esta clase de entes societarios los administradores o el administrador obligatoriamente deberá ser uno de los socios solidaria e ilimitadamente responsables y les es aplicable las disposiciones de la administración

---

<sup>157</sup>Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 59.

<sup>158</sup>Ibíd, art. 301.

<sup>159</sup> Ibid.

<sup>160</sup>Ibíd, art. 60.

<sup>161</sup>Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 62.

<sup>162</sup> Ibid, art. 63.

establecidas para la compañía en nombre colectivo.<sup>163</sup> Aquello marca una limitación clara para que una empresa pública pueda ser socia en esta especie de compañía. Como se ha analizado previamente en esta investigación, la empresa pública es creada con el ánimo de que ésta administre el sector estratégico, así como gestione la prestación del servicio público. Por lo que, si en este tipo de compañías la administración correría por cuenta del socio persona natural, una empresa pública por otro motivo más, no podría conformar esta especie. No obstante, en caso de que su objeto no verse sobre la administración del sector estratégico o la gestión de algún servicio público, podría adquirir participaciones en una sociedad mercantil de este tipo.

Por ejemplo, la empresa nacional minera, empresa pública encargada de la administración del recurso natural no renovable minero, podría adquirir la participación mayoritaria de una empresa en comandita por acciones si el objeto de la misma es la voladura o el mantenimiento de equipos mineros. Si bien se vinculan complementariamente a la actividad principal que es la explotación minera, son servicios que no implican la administración del sector estratégico o la prestación del servicio público.

En ese sentido una empresa pública en su calidad de socio comanditario en una compañía de esta especie tiene el derecho a acceder y verificar las gestiones y negocios de la sociedad salvo que establezca o forme parte de un negocio con la misma finalidad que el de la compañía. A menos que no se encuentren tales intereses en oposición al de la sociedad donde es comanditario. Además de percibir los beneficios derivados de su aporte y deliberar en las decisiones y emitir sus sugerencias claro sin que obste la libertad de los socios solidariamente responsables. Por ese motivo su actividad no es considerada de gestión o administración. Para esto el socio comanditario de acuerdo con el contrato de constitución tendrá momentos determinados para su participación.<sup>164</sup>

### **2.2.3. De la compañía de responsabilidad limitada**

Existen tres corrientes que nos hablan sobre el origen de la sociedad de responsabilidad limitada. 1.- Los tratadistas que consideran que la Sociedad de Responsabilidad Limitada nació en 1862 en Inglaterra. 2.- Los tratadistas que aseveran que nació en 1863 en Francia; y, 3.- Los tratadistas que opinan que nació en 1892 en Alemania.

---

<sup>163</sup>Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 65.

<sup>164</sup>Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 67-68, 70.

En Inglaterra La Private Company fue una Sociedad Anónima con características muy similares a la compañía de responsabilidad limitada. Entre lo principal el número máximo de siete socios y la no cesibilidad de las partes sociales. Esta “Company” había sido sustituida en el “Common Law” en el año 1862. Se denominó “Private Company” en oposición a la “Public Company”. Equivalente de las sociedades anónimas pues acudían al público para la conformación de su capital. La Private Company emitía acciones, pero se constituía sólo para pequeñas empresas, su capital constituía privadamente y tenía un límite máximo, por lo mismo, su número era reducido.

En Francia aparece con la ley francesa de 1863 que empleaba la expresión de “Sociedad de Responsabilidad Limitada”. En Alemania nació un tipo societario nuevo en el derecho positivo, al que se denominó “GESELLSCHAFT MIT BESCHRANKTER HAFTUNG”, vocablos éstos que literalmente significan: “SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA”, y que en el lenguaje común se la identificó con sus siglas G.m. b. H.”<sup>165</sup>

De acuerdo a lo determinado por la Ley de Compañías, esta especie de compañía es la que se contrae entre dos o más personas que solamente responden por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales y se dedican al comercio.<sup>166</sup> El autor Feine define a las sociedades de responsabilidad limitada como personas colectivas dotadas de un capital adscrito a sus fines dividido en partes alícuotas y sujeto a sus acreedores como fondo de garantía y de responsabilidad.<sup>167</sup> En este tipo de sociedad se da una situación intermedia entre la sociedad de personas como la colectiva y la anónima estrictamente de capitales. Su mismo nombre indica que aquí la responsabilidad emergente de los negocios sociales se limita a la integración que cada socio ha hecho del capital.<sup>168</sup>

Aunque en esta compañía es importante el factor personal y se lo toma en cuenta en varios aspectos la ley señala que para efectos fiscales y tributarios se la considera como una sociedad de capital. Criterio por el cual la ley le da un respectivo tratamiento.

Dentro de las principales características se encuentra que la responsabilidad de los socios se entiende es exclusiva del aporte individual que estos hagan.<sup>169</sup>

---

<sup>165</sup> Roberto Salgado Valdez, *Compañías de responsabilidad limitada*, (Quito: fondo de cultura ecuatoriana, 1995, 72-74.

<sup>166</sup> *Ibid*, art. 92.

<sup>167</sup> Feine, en Cevallos, *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*, 94.

<sup>168</sup> Pérez, *Manual de Derecho y de la Empresa*, 383.

<sup>169</sup> Naranjo, *Derecho Mercantil y Societario*, 291.

- De la constitución.

En la misma forma que el resto de compañías mercantiles esta especie se contrae a través de una escritura pública que deberá ser inscrita en el registro Mercantil del cantón en el que tenga su domicilio principal. Sólo desde ese momento existirá y adquirirá personalidad jurídica esto de conformidad a lo determinado en el artículo 136 de la ley de compañías.<sup>170</sup> Además señala la misma norma que la compañía podrá operar desde la obtención del Registro Único de Contribuyentes otorgado por el Servicio de Rentas Internas.

En el contrato social que deberá ser otorgado por los socios deberá declararse bajo juramento lo siguiente: 1. El nombre, nacionalidad y domicilio de las personas naturales o jurídicas que constituyan la compañía y su voluntad de fundarla. 2. La denominación objetiva o la razón social de la compañía; 3. El objeto social, debidamente concretado; 4. La duración de la compañía; 5. El domicilio de la compañía; 6. El importe del capital social con la expresión del número de las participaciones en que estuviere dividido y el valor nominal de las mismas; 7. La indicación de las participaciones que cada socio suscribe y pagará en numerario o en especie, el valor atribuido a éstas y la parte del capital no pagado, la forma y el plazo para integrarlo; y la declaración juramentada, que deberán hacer los socios, sobre la correcta integración del capital social, conforme lo establecido en el art. 103 de la Ley de Compañías; 8. La forma en que se organizará la administración y fiscalización de la compañía, si se hubiese acordado el establecimiento de un órgano de fiscalización, y la indicación de los funcionarios que tengan la representación legal, así como la designación de los primeros administradores, con capacidad de representación legal; 9. La forma de deliberar y tomar resoluciones en la junta general y el modo de convocarla y constituirarla; y, 10. Los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en esta Ley.

Este tipo de compañía puede actuar bajo una razón social o como la anónima bajo una denominación a la que le sucederán las palabras limitada o su contracción.<sup>171</sup> Vale señalar que no podrá escogerse un nombre que alguna compañía ya posea. Así mismo existe la posibilidad de que se utilicen términos comunes como “comercial”, “industrial”, “agrícola”, etc., que deberán ir acompañadas de una expresión peculiar.<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup>Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 136.

<sup>171</sup> Naranjo, *Derecho Mercantil y Societario*, 292.

<sup>172</sup> *Ibid*, art. 92.

- De la administración.

En la misma escritura de constitución deberán ser nombrados los administradores de la compañía quienes podrán ser o no los socios. Los administradores o gerentes pueden ser solo removidos por las causales determinadas en la ley.

En cuanto a la toma de decisiones, que se convierte en un tema neurálgico para nuestro análisis por cuanto la empresa pública debe por sobre todo estar presente y ser considerada en la toma de decisiones en las especies societarias que conforme. La compañía de responsabilidad limitada es gobernada por la junta general. Ésta se conforma por los socios legalmente convocados y reunidos. Las decisiones serán tomadas por la mayoría absoluta de los socios presentes. Además, la junta general de acuerdo con el artículo 118 de la Ley de Compañías tiene la atribución de nombrar y remover al gerente o administrador de la compañía, aprueba las cuentas y balances, trata respecto de las cesiones de las partes sociales, la disolución anticipada, entre otras atribuciones máximas de gobierno de una compañía.<sup>173</sup> Razones por las cuales una empresa pública deberá ser siempre mayoritaria en cuanto a su participación como veremos en esta investigación más adelante.

- Del capital.

El capital de esta compañía está representado según la Ley de Compañías en su artículo 92 por participaciones susceptibles de participación que serán iguales, acumulativas e indivisibles de acuerdo a lo estipulado en el artículo 105 de la misma normativa.<sup>174</sup> Estos aportes según lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley de Compañías puede ser en numerario o en especie; en cuyo caso la junta general deberá aprobarlo conforme al avalúo y pericias determinados en la misma ley por compensación de créditos, por capitalización de reservas o utilidades, o por la reserva o superávit proveniente de revalorización de activos; con arreglo al reglamento que expedirá la Superintendencia de Compañías y Valores.<sup>175</sup> La compañía entregará a cada socio un certificado de aportación en el que constará necesariamente su carácter de no negociable y el número de las participaciones que por su aporte le correspondan las mismas que son transmisibles por herencia.<sup>176</sup> En la compañía de responsabilidad limitada no se podrán tomar resoluciones encaminadas a reducir el capital social si ello implica la devolución

---

<sup>173</sup> *Ibíd.*, art 118.

<sup>174</sup> *Ibíd.*, art. 105.

<sup>175</sup> *Ibíd.*, art. 140.

<sup>176</sup> *Ibíd.*, art. 106-7.



del aporte de los socios; salvo que se trate de la exclusión de un socio y se haya liquidado ese aporte. Esto está determinado en el artículo 111 de la Ley de Compañías.<sup>177</sup> En relación con una empresa pública esta disposición legal en caso de ser necesaria su aplicación deberá ser analizada conforme a su conveniencia y necesidad.

- De los socios.

Las compañías o sociedades en nombre colectivo y comandita se conforman por comerciantes; por lo que es necesario ser persona natural para ser parte de alguna de ellas. Cuestión que no es una característica de la compañía de responsabilidad mercantil cuya esencia es ser mercantil pero que sin que por ello sus socios adquieran esa calidad. Así lo determina el artículo 93 de la mencionada ley.<sup>178</sup>

Para asociarse en una compañía de responsabilidad limitada se requiere únicamente tener capacidad civil para contratar. Razón por la que el menor emancipado y autorizado para comerciar podría hacerlo. Por otro lado, no podrán conformar este tipo de compañías los padres con sus hijos no emancipados y tampoco entre cónyuges. Pero si podrán conformar esta compañía otras personas jurídicas que no sean bancos, compañías aseguradoras, de capitalización y ahorros y las compañías anónimas extranjeras. Esto de conformidad con los artículos 98, 99 y 100 de la Ley de Compañías.<sup>179</sup> En ese orden de ideas una empresa pública tendría capacidad legal para adquirir participaciones de una sociedad mercantil de responsabilidad limitada.

Las compañías de esta especie pueden dedicarse a toda clase de operaciones mercantiles. La ley excepciona que realice operaciones de banco, seguros, capitalización y ahorro conforme lo estipula el artículo 94.<sup>180</sup> En ese sentido bien podría una compañía de responsabilidad limitada conformada por una empresa pública administrar el sector estratégico o gestionar la prestación del servicio público.

En cuanto a la cantidad de socios el artículo 95 determina que la compañía de responsabilidad limitada está en capacidad de ser conformada hasta por 15 socios; cuando supera dicho número de partícipes deberá transformarse en otra especie o disolverse.<sup>181</sup> Aquello no sería problema para la empresa pública siempre con la salvaguarda de que en esta especie societaria se admiten los nuevos socios mediante la aprobación de la junta general.

---

<sup>177</sup> Ibid, art. 111.

<sup>178</sup> Ibid, art. 93.

<sup>179</sup> Ibid, art. 98-100.

<sup>180</sup> Ibid, art. 94.

<sup>181</sup> Ibid, art. 95.

De acuerdo con el artículo 114 de la ley en cuestión los socios tendrán los derechos que se hayan establecido en la ley y el contrato de constitución. Así como su forma de ejercerlos. Si bien estos derechos de los socios se encuentran establecidos en la ley cabe que una empresa pública los regule según sus necesidades o sus intereses. En lo relacionado a la representación de la misma en la junta general será el gerente general de la empresa pública o a quien se le autorice la participación en el contrato de asociación quien acuda a las juntas generales. Al igual que cualquier socio capaz la empresa pública recibirá los beneficios económicos que le correspondan cuando de la repartición de los beneficios se trate.

Fundamental es para una empresa pública partiendo de su naturaleza jurídica pública que el acuerdo asociativo producto del procedimiento de selección del socio limite la responsabilidad respecto de sus participaciones. Vale rescatar que el acuerdo asociativo deberá observar la adecuada distribución de los riesgos del negocio. Pudiendo anticipar ante este respecto que sea el socio de la empresa pública quien asumiría la totalidad de los mismos. Así mismo, el acuerdo asociativo limitará una eventual dilución del capital de una empresa pública que sea parte de una sociedad mercantil de este tipo. De igual forma el derecho a pedir convocatorias a junta general cuando la empresa pública de acuerdo al negocio que trate lo requiera.

En conclusión, una empresa pública podría ser parte de una compañía de responsabilidad limitada mediante la adquisición de participaciones, puesto que sus características y naturaleza no le son incompatibles. Además, a diferencia de la compañía en nombre colectivo y comandita simple, las personas jurídicas si pueden ser partícipes en esta especie de compañía. Será entonces necesario únicamente que se sigan los preceptos legales que debe seguir la empresa pública para ser parte de una sociedad de responsabilidad limitada, lo cual estará contemplado en el conjunto de normas que la empresa pública deberá seguir para asociarse, incluyendo las exigencias o requisitos que deberá reunir el potencial socio. Contando entre ellos con que se siga lo determinado en la Constitución de la República que determina el objeto de la empresa pública; así como la administración de la sociedad de responsabilidad limitada siempre deberá obedecer a los designios de la empresa pública, ya que, esta debe tener la participación mayoritaria, para no perder la esencia del concurso público.

#### **2.2.4. De la sociedad anónima**

Varios juristas han creído que la sociedad anónima nació como un desenvolvimiento de la compañía en comandita simple. Da la idea de una sociedad en la cual varios asociados quedaban obligados solamente hasta la concurrencia de su aportación. Se debía pasar fácilmente a la de una sociedad en la que nadie quedaría comprometido más que por un capital social. Pero la mayoría de autores coinciden en que la sociedad en comandita y anónima nacieron y se han desarrollado en causas distintos.<sup>182</sup>

Sobre el criterio enunciado por la autora Naranjo de que el origen de la sociedad anónima para algunos juristas se remonta a la necesidad de que la responsabilidad de los partícipes de una sociedad en comandita se limite al capital aportado. El tratadista Miguel Cevallos sostiene que el surgimiento histórico de la sociedad anónima responde a dos factores: a) la necesidad de aislar la responsabilidad ilimitada de los socios, con la consiguiente separación patrimonial entre los componentes de la sociedad y la sociedad en sí; y, b) la búsqueda de emprenden en negocios de gran envergadura.<sup>183</sup>

En el origen de la sociedad anónima se descubren dos cauces históricos diversos: el italiano donde se ve aparecer el germen de esta sociedad en las relaciones entre el Estado y sus acreedores el holandés donde aparece ligada al comercio.<sup>184</sup>

Bolaffio respecto de sociedad anónima dice que es: “aquella persona jurídica que ejerce el comercio bajo una designación objetiva, con la sola garantía del capital social a cuya constitución concurren los socios hasta el importe a que limitan su propia responsabilidad por las obligaciones sociales”.<sup>185</sup> Luis Ribo menciona que la sociedad anónima representa el extremo opuesto a la compañía colectiva. Así como en esta última la responsabilidad de los socios es personal y solidaria; es decir, es una responsabilidad total, en la anónima la responsabilidad está limitada a la aportación que los socios hacen a la sociedad. Dicha aportación se materializa en las llamadas acciones que son por esencia transmisibles. De esta forma la reducción del papel personal llega al máximo y por otra parte adquiere singular importancia el elemento material. Es decir, lo importante no es lo que el socio sea sino lo que éste tenga en la sociedad.<sup>186</sup>

---

<sup>182</sup> Naranjo, *Derecho Mercantil y Societario*, 349.

<sup>183</sup> Miguel Andrade Cevallos, *La administración en las sociedades anónimas* (Quito: Talleres Disgraf, 1993), 12.

<sup>184</sup> Naranjo, *Derecho Mercantil y Societario*, 349.

<sup>185</sup> Bolaffio, en Cevallos, *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano* (Quito, Jurídica del Ecuador 1992) 174.

<sup>186</sup> Luis Ribo, *Las Sociedades Anónimas y la Ley*, citado en Cevallos, *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano* (Quito, Jurídica del Ecuador 1992) 75.

Desde una visión más cercana a la percepción de los actores ciudadanos que se relacionaron en negocios y distintos actos de comercio se entiende por compañía anónima a una persona jurídica o una empresa social cuyo capital se divide en acciones representadas en títulos libremente negociables y donde los socios sólo están obligados por las deudas de ésta hasta la concurrencia de sus aportes. Soluciones que impuso la práctica y que recogieron los códigos a partir del francés de 1807. Las sociedades aparecidas en la Baja Edad Media funcionaron de manera temporal en tanto los socios gestionaban los negocios que los congregó y para los que destinaron el fondo de comercio; en consecuencia, desaparecían cuando se concluía el tráfico. Una vez reembolsados los valores aportados para ese fondo y recompensados los mercaderes en el reparto proporcional de las utilidades obtenidas. Pero ahora se requería una sociedad permanente con mayores recursos de capital administrada por avezados negociantes y sin comprometer a los socios a quienes se empezó a llamar accionistas en la empresa. Ese propósito se cumplió en la sociedad anónima donde “el mundo limitado de la participación personal, dejó paso a un esquema en el que los mercaderes no tenían siquiera que intervenir, compraban acciones de la sociedad que comerciaba por ellos.

Recogiendo inversiones de diversas fuentes, no sólo de los mercaderes, los directores podían acumular un fondo de capital útil considerable que les permitiese embarcarse en proyectos a largo plazo. Al mismo tiempo los comerciantes podían tomar parte en varias empresas a la vez sin perjuicio de aquellas que pudieran requerir su atención personal. Por primera vez pues la sociedad anónima hizo posibles empresas comerciales a gran escala y largo plazo. Las primeras sociedades donde aparecieron reunidos la división del capital por acciones y el beneficio de la responsabilidad limitada establecido a favor de los accionistas fueron las compañías indias. Organizadas con el objeto de explotar las tierras de ultramar en África, Asia, y América; y, la inglesa de las Indias Orientales constituida en 1600 sirvió de antecedente para las demás.”<sup>187</sup>

La compañía anónima es persona jurídica del sector privado (excepcionalmente con socios del sector público) cuya representación legal la ejercen determinados administradores temporales y amovibles; con capital dividido en acciones; con socios que responden por los resultados de las operaciones sociales hasta el monto de valor suscrito y tienen derecho a intervenir en la dirección o gobierno social a través de Juntas

---

<sup>187</sup>César Dávila Torres, *Derecho societario*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 1.

Generales, donde toman decisiones por mayoría y encargan, durante periodos prefijados la gestión de los negocios, la administración y la fiscalización a órganos especializados.<sup>188</sup>

- Del capital.

Se requiere de un capital mínimo para formar esta especie de compañía. A diferencia de las sociedades de personas la sociedad anónima es esencialmente capitalista. Esto quiere decir que no se conforma en consideración a las personas que se asocian. El capital en este tipo de sociedades se divide en acciones que son títulos negociables en el mercado sin que pueda establecerse limitación alguna a este respecto.<sup>189</sup>

Esta es la sociedad auténtica de capital tanto como para no poder saber en un momento determinado quiénes son los que controlan a la sociedad o dominan su ejercicio. Ello es así por cuanto todo el capital social se representa en acciones, o sea en títulos representativos de ingreso de dinero en la sociedad proveniente de las personas que pusieron el capital mediante su adquisición por cualquier medio permitido. Teóricamente las sociedades anónimas no tienen dueño específico. Para conocerlo se requiere identificar a quien posee la mayoría de las acciones por lo que se sabrá cuando la asamblea sesione.<sup>190</sup>

En cuanto al análisis normativo, el artículo 1965 del Código Civil determina que la sociedad civil anónima se caracteriza por tener un fondo social suministrado por los accionistas que se obligan solamente hasta el valor de sus aportes. Este tipo de sociedades están sujetas a las mismas reglas que las sociedades mercantiles anónimas.<sup>191</sup> Aquello bien podría ser aceptado por una empresa pública, es decir, no va contra su naturaleza ni fines, refiriéndonos claro está, solo en el eventual caso en que esta adquiriera acciones, más no en la fundación de una sociedad de esta especie.

De acuerdo con el artículo 143 de la Ley de Compañías la compañía anónima es una sociedad que tiene un capital dividido en acciones negociables. El capital pagado se refleja en las acciones de la compañía. Estas acciones pueden ser negociadas libremente. Así lo señala el artículo 191 de la Ley de Compañías. Este capital se conforma por el aporte de los accionistas quienes se hacen responsables hasta el monto de sus aportes y las reglas que sujetan a las compañías mercantiles anónimas le son también obligatorias para las sociedades civiles anónimas.<sup>192</sup>

---

<sup>188</sup> Ibid, 22.

<sup>189</sup> Naranjo, *Derecho Mercantil y Societario*, 351.

<sup>190</sup> Pérez, *Manual de Derecho y de la Empresa*, 386.

<sup>191</sup> Ecuador. *Código Civil*, art. 1965.

<sup>192</sup> Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 143 y 191.

En este análisis van apareciendo caracteres que quizá no son compatibles con una empresa pública. Por ejemplo, la negociación de sus acciones. Y no porque una empresa pública no lo pueda hacer, ya que, están habilitadas legalmente por la Ley Orgánica de Empresas Públicas conforme el artículo 36.<sup>193</sup> Sino porque llegado el caso en que sus socios lo hagan, la empresa pública habrá perdido el control de elegir a los mismos y de pronto será socia de quien no eligió serlo en su momento.

- De la administración

Esta especie de compañía contempla que sus administradores puedan ser removidos de su cargo. Además de que puedan ser los socios o terceros aquello en igual forma en que se analizó en el caso de las compañías en comandita por acciones y de responsabilidad limitada habrá de ser siempre la administradora la empresa pública cuando utilice este vehículo societario para la gestión de los sectores estratégicos y de la prestación de servicios públicos. Según la ley de compañías en su artículo 145 para intervenir en esta especie de compañía se requiere la capacidad civil para contratar,<sup>194</sup> es decir, que la empresa pública no tendría limitación en ese sentido.

Las compañías anónimas según lo dispuesto en el artículo 146 no podrán subsistir con menos de dos accionistas salvo que su capital pertenezca en su totalidad a una institución del sector público. Caso que en la actualidad sucede y que motivo esta reforma a la ley en el 2014,<sup>195</sup> es decir, que una empresa pública podría ser dueña absoluta de una sociedad mercantil o civil anónima.

La formalidad de la escritura pública para la constitución no se excluye en esta especie de sociedad mercantil. De igual forma será necesaria la declaración bajo juramento de que los accionistas declaren el capital pagado de la compañía en una institución bancaria. Esto de conformidad con el artículo 146 de la ley de compañías.<sup>196</sup>

Para que una persona pueda intervenir en la constitución o promoción de una compañía anónima basta que tenga capacidad civil para contratar. Cumplido aquello pueden comparecer tanto personas naturales como jurídicas, nacionales o extranjeras a través de su representante legal. No obstante, no pueden intervenir en la constitución de la compañía anónima los dos cónyuges por sus propios derechos. Pero en lo posterior pueden llegar a ser accionistas de la compañía mediante la transferencia de acciones.<sup>197</sup>

---

<sup>193</sup>Ecuador. *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 36.

<sup>194</sup>Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 145.

<sup>195</sup> Ibíd, art. 146.

<sup>196</sup> Ibíd.

<sup>197</sup> Naranjo, *Derecho Mercantil y Societario*, 355.

Es curioso que una prohibición expresa, como la constitución de una compañía anónima entre cónyuges, pase inadvertida simplemente con una figura jurídica societaria distinta como la transferencia de acciones. Como podremos identificar más adelante en este estudio la empresa pública se enfrenta a una limitación de semejantes características como la comentada. Pues cuando de constituir una sociedad de capital se trate y se involucre que el capital proporcionado por la empresa pública siga esa misma naturaleza jurídica, ésta irremediablemente solo podría constituir sociedades de economía mixta. Sin embargo, así como los cónyuges pueden llegar a ser parte de una compañía anónima mediante la transferencia de acciones, la empresa pública puede adquirir acciones de una compañía anónima.

Una compañía anónima no puede constituirse entre padres e hijos no emancipados. Un hijo no emancipado si puede intervenir en la constitución de una compañía debidamente representado siempre que no intervengan también sus padres.<sup>198</sup>

La junta general de la compañía anónima es su máximo órgano de decisión. Según el artículo 231 de la Ley de Compañías tiene poderes para resolver todos los asuntos relativos a los negocios sociales y para tomar las decisiones que juzgue convenientes en defensa de la compañía. Es de competencia de la junta general: 1. Nombrar y remover a los miembros de los organismos administrativos de la compañía, comisarios, o cualquier otro personero o funcionario cuyo cargo hubiere sido creado por el estatuto, y designar o remover a los administradores, si en el estatuto no se confiere esta facultad a otro organismo; 2. Conocer anualmente las cuentas, el balance, los informes que le presentaren los administradores o directores y los comisarios acerca de los negocios sociales y dictar la resolución correspondiente. Igualmente conocerá los informes de auditoría externa en los casos que proceda. No podrán aprobarse ni el balance ni las cuentas si no hubieren sido precedidos por el informe de los comisarios; 3. Fijar la retribución de los comisarios, administradores e integrantes de los organismos de administración y fiscalización, cuando no estuviere determinada en los estatutos o su señalamiento no corresponda a otro organismo o funcionario; 4. Resolver acerca de la distribución de los beneficios sociales; 5. Resolver acerca de la emisión de las partes beneficiarias y de las obligaciones; 6. Resolver acerca de la amortización de las acciones; 7. Acordar todas las modificaciones al contrato social; y, 8. Resolver acerca de la fusión, transformación, escisión, disolución

---

<sup>198</sup> Ibid.

y liquidación de la compañía; nombrar liquidadores, fijar el procedimiento para la liquidación, la retribución de los liquidadores y considerar las cuentas de liquidación.

Existen dos modalidades de sesión de estas juntas. Al igual que en la compañía de responsabilidad limitada existen juntas ordinarias y extraordinarias. Las juntas ordinarias deberán llevarse a cabo al menos una vez al año mientras que las extraordinarias cada vez que sea necesario.<sup>199</sup> Salvo las excepciones previstas en la Ley de Compañías o en el estatuto de esta especie de sociedad mercantil, las decisiones de las juntas generales serán tomadas por mayoría de votos del capital pagado concurrente a la reunión. Los votos en blanco y las abstenciones se sumarán a la mayoría numérica. Esto lo determina el artículo 242 de la Ley de Compañías.<sup>200</sup>

Si consideramos entonces en cumplimiento cabal de la Constitución de la República en su artículo 313 y 314,<sup>201</sup> la empresa pública que sean parte de una sociedad anónima, deberá siempre liderar la junta general de accionistas. Debido a que este es el órgano decisor y que definirá el rumbo en la administración de la sociedad. De manera que al ser de exclusividad del Estado la administración del sector estratégico y la prestación de los servicios públicos, las sociedades mercantiles conformadas por participación del Estado deberán ser las administradoras y deberán tener siempre la mayoría en su participación. En cambio, si se trata de una sociedad mercantil que tenga por objeto uno distinto a la administración del sector estratégico o a la gestión en la prestación del servicio público, podría una empresa pública ser minoritaria y tampoco ser la administradora.

De acuerdo con la ley esta especie de sociedad mercantil está sujeta a ser fiscalizada. De manera que los comisarios sean o no socios, nombrados en el contrato social tienen derecho ilimitado de inspección y vigilancia sobre todas las operaciones sociales sin dependencia de la administración y en interés de la compañía. Los comisarios serán temporales y amovibles. Esto de acuerdo a lo estipulado en el artículo 274 de la Ley de Compañías.<sup>202</sup> Y si está conformada por capital perteneciente a una empresa pública deberá ser controlada por la Contraloría General del Estado. Así como su información contable y de gestión ser conocida por la Empresa Pública Coordinadora de Empresas Públicas en caso de las empresas pertenecientes al Estado Central; entidad que podrá

---

<sup>199</sup> Ibid., art. 131.

<sup>200</sup> Ibid., art. 242.

<sup>201</sup> Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, art. 313 y 314.

<sup>202</sup> Ibid., art. 274.



disponer a la Empresa Pública que es socia de la sociedad mercantil tome decisiones que terminen afectándola en determinada medida.

El autor ecuatoriano Víctor Cevallos señala que la sociedad anónima es una herramienta de indudable importancia para canalizar el ahorro privado hacia planes productivos. Para lograr una mejor organización de la producción y para conseguir mayor eficiencia y productividad puede hacer posible que amplios grupos de población tengan acceso a los beneficios del crecimiento económico. Sin embargo, la gran capacidad de captar y manejar recursos de esta especie de compañías y la objetivación del capital social sobre el que se sustenta la persona jurídica que ella constituye, no hace fácil la identificación de las personas que son propietarias de ese capital y dirigen la empresa. A ello se suma la fácil transferibilidad de sus acciones que hacen viable una serie de alianzas y pactos ocultos. La propiedad sobre los medios de producción en forma de grandes empresas tiene consecuentemente un profundo significado político y social. Pues algunos círculos empresariales podrían obtener grandes utilidades en perjuicio o a costa de los consumidores, ahorristas y trabajadores; adicionalmente, ello podría implicar la transferencia de capitales de sectores de la ciudadanía mayoritarios a minúsculos círculos de empresarios que eventualmente podrían implementar sistemas monopólicos.<sup>203</sup>

Podemos decir que el criterio de Cevallos contiene en resumen la esencia de la sociedad anónima. Su marcada orientación a ser una herramienta para el individualismo y el enriquecimiento de un sector o la pantalla para la intervención de los oligopolios demuestran que esta especie de sociedad mercantil es en nada compatible con los fines del Estado. No obstante, aquella discusión ya la revisamos en el capítulo anterior cuando estudiábamos la naturaleza y el rol de la empresa pública. Llegando a la conclusión que si bien es cierto el Estado persigue el bien común para la sociedad este puede ser alcanzado mediante el lucro. Volviéndose el lucro únicamente el camino para alcanzar el objeto principal del Estado que es el bien común.

#### **2.2.5. De la compañía de economía mixta**

Respecto de esta especie de compañía la doctrina recoge que su aparición data de finales del siglo XIX. En Bélgica y en Alemania se fundaron importantes sociedades para la prestación de servicios públicos con la participación del sector público privado. En Bélgica los Municipios y Consejos Provinciales suscribieron el 99% del capital para la

---

<sup>203</sup> Cevallos, *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*, 173.

constitución de la “Société, Nacional des Chemis de fer Vicianaux” y la empresa privada el 1%. Sin embargo, la mayoría de investigadores coinciden en que este tipo de empresas tomaron auge luego de la primera guerra mundial en Francia, Alemania, Suecia y Bélgica.<sup>204</sup>

Su aparición se debe a una corriente de pensamiento que conceptúa necesario el intervencionismo estatal en actividades económicas de interés general en concurrencia con el capital privado.<sup>205</sup> La ley de Compañías determina una especie de compañía mercantil donde puede participar conjuntamente el Estado y el privado. El artículo 308 de la mentada ley estipula que el Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades u organismos del sector público, podrán participar conjuntamente con el capital privado en el capital y en la gestión social de esta compañía.<sup>206</sup> Sin embargo, Raúl Etcheverry menciona que también puede haber negocios conjuntos, asociativos o no, entre el Estado y los particulares que no sean sociedades de economía mixta propiamente dichas; y hace referencia al caso CAVC que es una organización de carácter institucional creada por una provincia y los productores vinícolas.<sup>207</sup>

Advierte la ley ecuatoriana en su artículo 309, que esta es una facultad de las empresas dedicadas al desarrollo y fomento de la agricultura y de las industrias convenientes a la economía nacional y a la satisfacción de necesidades de orden colectivo; a la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los ya establecidos.<sup>208</sup> Lo mismo lo señala la doctrina al señalar que el objeto de estas sociedades mixtas es la explotación de empresas que tengan por finalidad la satisfacción de necesidades de orden colectivo o la implantación, el fomento o el desarrollo de actividades económicas.<sup>209</sup>

En nuestro país de conformidad con lo determinado en el artículo 314 de la Constitución de la República, el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley. Mientras que en el artículo 313 menciona que el Estado se reserva el derecho de

---

<sup>204</sup> Ibid, 345-6.

<sup>205</sup> Ibid.

<sup>206</sup> Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 308.

<sup>207</sup> Etcheverry, *Derecho Comercial y Económico Formas Jurídicas de Organización de la Empresa*, 245.

<sup>208</sup> Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 308.

<sup>209</sup> Ibid, 246.

administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.<sup>210</sup>

Ese mismo artículo define a los sectores estratégicos como aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Siendo taxativa determinando que se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

Entonces el mismo texto político en su artículo 315 señala que el Estado constituirá empresas públicas para cubrir esa responsabilidad de atender los sectores estratégicos y los servicios públicos, y; que la ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas. Así mismo de forma excepcional podrá delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria el ejercicio de estas actividades en los casos que establezca la ley.<sup>211</sup> De manera tal que, sigue persistiendo y aunque en nuestro país se reserve la administración de actividades económicas de interés nacional para el Estado, la posibilidad de que el privado coadyuve para aquello.

Esta especie de sociedad mercantil se constituye con aportes que pueden ser en dinero o entregando equipos, instrumentos agrícolas o industriales, bienes muebles e inmuebles, efectos públicos y negociables. Así como también mediante la concesión de prestación de un servicio público por un período determinado. Ahora bien, sobre la participación del sector público de acuerdo con el artículo 315, así como, el 316 de la Constitución de la República, en las empresas de economía mixta destinadas a la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria.<sup>212</sup>

Esta disposición constitucional hace sentido con lo que el autor Rafael Bielsa opina, cuando sobre la participación minoritaria del Estado señala. El sostiene que: *“es algo enteramente ilógico y extraño a la institución y a las funciones jurídicas y sociales del Estado: hay una directa y visible incompatibilidad entre sus fines, su organización,*

---

<sup>210</sup>Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, art. 313 y 314.

<sup>211</sup>Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, art. 315.

<sup>212</sup> *Ibíd.*, art. 315 y 316.

*sus funciones (y, sobre todo, su autoridad moral) con esta forma subalterna de claudicar en beneficio de unos cuantos capitalistas... ”.*<sup>213</sup>

Las reglas determinadas en esta ley para las compañías de economía mixta son las mismas que le son aplicables a la compañía anónima; salvo aquellas emitidas específicamente para la compañía de economía mixta determinadas en la respectiva sección de la ley. De manera que como revisamos respecto de la sociedad anónima una empresa pública puede ser compatible con sociedades de estas especies, pues, aunque la empresa pública no esté en posibilidad de fundar una sociedad anónima debido a la naturaleza pública de su capital, si puede adquirir acciones de alguna, mientras que con una sociedad de economía mixta no existe ninguna discusión al respecto.

En cuanto al gobierno de esta clase de compañía deberá constar en los estatutos de la misma. Es decir, se deberá señalar la forma en que se integrará el directorio; en el directorio estará la representación del sector público y del sector privado en proporción al capital que cada parte haya aportado. Cuando la mayoría en la participación es de capital público, uno de los directores de este sector deberá ser presidente del directorio. También si el Estado o las entidades u organismos del sector público que participen en la compañía así lo plantearen se determinarán los requisitos y condiciones especiales que resultaren adecuados respecto a la transferencia de las acciones y a la participación en el aumento de capital de la compañía. Así lo establece el artículo 312 de la ley de compañías.<sup>214</sup>

De acuerdo con el artículo 313 y 314 de la ley se dispone que las funciones del gerente y del directorio serán las mismas que se determinan para las compañías anónimas, y que la distribución de las utilidades para el sector público y privado se la hará constar expresamente en la constitución de la compañía.<sup>215</sup> El artículo 315 de la Ley de Compañías estipula que las compañías de economía mixta, las de transformación, de reforma y cambios en los estatutos, y los registros de éstas, no tienen imposiciones tributarias y derechos fiscales, municipales o especiales no se pagarán. También tendrán exoneración de toda clase de impuestos y adicionales a los actos y contratos y sus registros que fueran efectuados por las compañías de economía mixta en la parte que les corresponda pagar a éstas.<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> Rafael Bielsa, en Cevallos, *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*, 348-9.

<sup>214</sup> Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 312.

<sup>215</sup> *Ibíd*, art. 313 y 314.

<sup>216</sup> *Ibíd*, art. 315.

Así mismo podrán tener una ventaja para ser exoneradas de impuestos y contribuciones especiales si así los autoriza el Ministerio de Finanzas. Y esto será temporal con el fin de propiciar el establecimiento y desarrollo de la compañía de economía mixta. Exceptuando la carga impositiva que se haya establecido en la Ley de Régimen Tributario Interno.

Estos beneficios que prevé la ley para las compañías de economía mixta se perderán en el caso que el capital del Estado sea adquirido por el Privado. Y continuará funcionando como una compañía anónima. De igual forma dejará de ser parte del directorio de conformidad al artículo 316 de la Ley de Compañías.<sup>217</sup>

El mismo artículo hace notar que las prerrogativas estatales no se hacen ajenas a las compañías de esta especie, ya que, el Estado podrá en cualquier momento por razones de utilidad pública expropiar el monto del capital privado de una compañía de economía mixta; para lo cual deberá pagar íntegramente el valor en dinero y al contado.

En esa misma línea, cuando se dé el caso de una compañía de economía mixta para la prestación de servicios públicos, vencido el término de duración, el Estado podrá tomar a su cargo todas las acciones en poder del sector privado transformando a la compañía en una entidad administrativa para el servicio de utilidad pública para el que fue constituida.

En cuanto a si son de derecho privado o de derecho público existen varias teorías. Dromi por ejemplo, menciona que tendrá el carácter de pública si está destinada a satisfacer interés colectivo o prestar servicios públicos o si el estado es mayoría en la participación.<sup>218</sup> Mientras que Etcheverry sostiene que siempre será una sociedad mixta persona de derecho privado.<sup>219</sup> Si se trata de una persona de derecho privado sus actos serán jurídicos y no actos administrativos. Lo que reviste un distinto tratamiento desde el punto de vista jurídico. Así mismo si se trata de un carácter público deberá sujetarse a las reglas del derecho administrativo.

El doctor Jorge Zavala emite un criterio relacionado con la naturaleza jurídica de la sociedad de economía mixta. Cuando una empresa pública por la titularidad de las acciones o por la participación estatal en el capital social se dedica a actividades económicas, produciendo bienes, concurriendo al mercado en condiciones de libre competencia y es transformada en sociedad civil o mercantil de derecho privado, bajo la

---

<sup>217</sup> Ibid. art. 316.

<sup>218</sup> Roberto Dromi, en Etcheverry, *Derecho Comercial y Económico Formas Jurídicas de Organización de la Empresa*, 247.

<sup>219</sup> Etcheverry, *Derecho Comercial y Económico Formas Jurídicas de Organización de la Empresa*, 247.

normativa de la Ley de Compañías, ¿integra el sector público del Estado por desarrollar una actividad económica asumida por el Estado?, la respuesta es que no; porque no ejerce potestad pública ni presta ningún servicio público, no actúan como personas que configuren una administración pública ya que carecen de los tres elementos necesarios.<sup>220</sup>

Esta especie de compañía le permite al Estado controlar la prestación de servicios públicos y otras actividades que son materia de su objeto social de mejor manera que cuando éstos cumplen bajo el sistema de concesión del Estado al privado.<sup>221</sup> Además, se dice que en la práctica las sociedades de economía mixta tienden a desarrollar su cometido con independencia e incluso a hacer prevalecer sus intereses comerciales e industriales sobre los generales del Estado.<sup>222</sup>

La sociedad de economía mixta se presenta como la alternativa mercantil creada por la ley para que el Estado intervenga directamente en actividades económicas en colaboración con actores del sector privado; es totalmente válido entonces que una empresa pública opte por esta modalidad de socio cuando pretenda emprender actividades mercantiles en conjunto con actores del sector privado.

La historia de esta especie de compañía da cuenta que su apareamiento se debió a esa necesidad tantas veces mencionada de que el actor privado colabore con el público no solo para prestar servicios públicos o aprovechar los recursos naturales sino para generar riqueza.

Si ha de pensarse en la constitución de vehículos asociativos en uso de la capacidad asociativa de una empresa pública por su naturaleza, será la sociedad de economía mixta la entidad jurídica dispuesta para esa finalidad. Al tener la posibilidad de regular mediante el estatuto su funcionamiento y a la vez tener exenciones tributarias y ventajas competitivas frente al sector privado, así como tener las mismas ventajas que le da una especie como la sociedad anónima, la sociedad de economía mixta es la modalidad asociativa por excelencia para el socio con el Estado.

Entendido que doctrinariamente e inclusive a nivel normativo esta modalidad de socio es la más compatible con una empresa pública, vale reseñar los resultados y aceptación que esta especie de compañía tiene en el Ecuador. A diferencia del acceso a la información de las empresas públicas, las empresas de economía mixta al sujetarse al

---

<sup>220</sup>Jorge Zavala, *Derecho societario, memorias de las primeras jornadas nacionales* (Guayaquil; Edino, 2004), 71.

<sup>221</sup> Cevallos, *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*, 347.

<sup>222</sup> *Ibíd.*

control por parte de la Superintendencia de Compañías, permiten que los ciudadanos tengamos a la mano información precisa al respecto.

De la investigación encontramos que en el Ecuador existen en el Registro de la Superintendencia de Compañías 140 compañías de economía mixta, conformadas por capitales provenientes de distintas entidades públicas y actores privados. De las 140 compañías de economía mixta registradas en la Superintendencia de Compañías, 61 han cancelado su registro. Mientras que 41 se encuentran en proceso de disolución y liquidación, una sola se encuentra inactiva, una bajo la intervención de la Superintendencia de Bancos, y solo 36 se encuentran activas.<sup>223</sup>

No podríamos decir que al estar solo 36 compañías activas de un total de 140 se entendería que las compañías de economía mixta sean un fracaso cuando de colaboración público privada se trate, ya que, se desconocen los motivos por los cuales pudieron ser canceladas o liquidadas y disueltas, porque inclusive podría ser que varias se extinguieron por haber cumplido su propósito; pero sí permite concluir en que sí existen casos de éxito con esta modalidad asociativa.

#### **2.2.6. De la sociedad en participación o accidental.**

Esta especie de sociedad es la última reconocida por la Ley de Compañías. Su definición legal da cuenta de una asociación en donde una persona en calidad de comerciante o no, da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todo su comercio.<sup>224</sup>

En esta sociedad los terceros no tienen derechos ni obligaciones sino respecto de aquel con quien han contratado. Así mismo, los participantes no tienen ningún derecho de propiedad sobre los bienes objeto de asociación, aunque hayan sido aportados por ellos. Sus derechos están limitados a obtener cuentas de los fondos que han aportado y de las pérdidas o ganancias habidas. En caso de quiebra los participantes tienen derecho a ser considerados en el pasivo por los fondos con que han contribuido, en cuanto éstos excedan de la cuota de pérdidas que les corresponde.<sup>225</sup>

Históricamente se origina esta clase de compañía mercantil en la figura de la comenda, básicamente era un préstamo entre comerciantes, propia de la época medieval.

---

<sup>223</sup>Ecuador. *Superintendencia de Compañías*. Directorio Societario. [https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaInformacion/sector\\_societario.zul](https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaInformacion/sector_societario.zul)

<sup>224</sup> Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 423.

<sup>225</sup> *Ibíd.* Art. 424 - 426

Surgió por la necesidad del empresario para reunir el capital para desarrollar su actividad económica sin la necesidad de acudir al préstamo, y, su importe viene a ser cubierto a través de la utilidad que genere el negocio sin que lo encarezca en sus costos. También surgió por el simple ánimo de las personas para invertir sus capitales sin la responsabilidad personal y principalmente sin que se conozca la identidad del partícipe.<sup>226</sup>

Del análisis se entendería que esta especie de sociedad mercantil es aquella que puede ser establecida con uno o todos los socios que forman parte de una sociedad mercantil, sin embargo, no involucra a la persona jurídica en la cual el partícipe tiene derechos y obligaciones, más únicamente tiene que ver respecto de las utilidades en la parte en que se habrá acordado y siempre solo en la relación que tenga con el partícipe gestor.

Esta asociación, también conocida como la asociación accidental, se rige por las convenciones de las partes. Debe liquidarse cada año la porción de utilidades asignada en la participación. Los empleados a quienes se diere una participación de utilidades no serán responsables sino hasta por el monto de sus utilidades anuales. Estas asociaciones están exentas de las formalidades establecidas para las compañías. A falta de contrato por escritura pública, se pueden probar por los demás medios admitidos por la ley mercantil. Pero la prueba testimonial no es admisible cuando se trate de un negocio cuyo valor pase de doscientos sucres, si no hay principio de prueba por escrito.<sup>227</sup>

Ahora que han sido entendidas las características y definición de la sociedad en participación, se puede concluir en que una empresa pública podría, por la forma en que está definida en la ley y su aplicación, constituir una sociedad de esta especie. Sin embargo, habrá que hacer ciertas consideraciones al respecto.

Si la empresa pública en esta especie societaria figura en calidad de gestor, es decir, como la parte de la asociación que interviene en el negocio mercantil, bien podría suscribir un contrato de este estilo que simularía un préstamo que se pagaría con las utilidades que provengan del negocio o de la parte de la operación del mismo en la que se haya acordado utilizar los recursos aportados.

No sería tan sencillo, al menos en su entendimiento, en caso de que sea la empresa pública la aportante del capital para el negocio. Como hemos señalado la ley determina que los bienes aportados al negocio no son recuperables por el aportante, lo cual resulta

---

<sup>226</sup>Adolfo Ruiz, *Manual de Derecho Mercantil*(Madrid: Universidad Pontifica de Comillas, 2007), 544.

<sup>227</sup>Ibíd. Art.426 - 428



lógico pues en cierta medida dicho aporte se ha realizado a un negocio ajeno y vista esa característica, la empresa pública habrá de establecer las condiciones esenciales que deberán cumplirse para garantizar en cierta medida un objetivo cuidado de dicha inversión. Inversión que obedecerá a un proyecto que bajo los esquemas y políticas empresariales deberá haberse acordado previamente con la empresa pública en el procedimiento de selección del socio.

Por otro lado, al demostrar mayormente atipicidad esta especie de compañía, es difícil determinar si ésta en efecto cuando se constituye da nacimiento a una persona jurídica distinta de la de sus partícipes. Si bien el Código Civil establece en su artículo 1957 que la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados,<sup>228</sup> el artículo 2 de la Ley de Compañías al clasificar las especies de compañías, de acuerdo con su redacción excluye de alguna manera a la sociedad accidental, cuando luego de mencionar las cinco especies de compañías, es decir, la compañía en nombre colectivo, en comandita simple y dividida por acciones, de responsabilidad limitada, anónima y de economía mixta, dice que éstas constituyen personas jurídicas; y luego adiciona que además la ley reconoce a la sociedad en participaciones.<sup>229</sup>

Entonces, antes que una ambigüedad jurídica cabe ser preciso en el análisis de la norma y entender su sentido literal y obvio, pues si el ánimo del legislador era que las especies de compañías constituyen personas jurídicas, debió incluir a la sociedad accidental como la sexta especie que da vida a una persona jurídica distinta de los intervinientes, pero más bien en el ámbito de esta ley, el sentido literal de la norma hace entender que personas jurídicas solamente constituyen las cinco especies antes mencionadas, dando cuenta de esta manera que esta sexta especie viene a tener una naturaleza jurídica similar a la del consorcio, joint venture, alianza estratégica u otra de esa misma índole.

Resulta interesante esta sexta especie societaria pues al tener libertad de regularse directamente en el contrato de asociación según la voluntad de las partes,<sup>230</sup> podrían establecerse condiciones suficientes para asegurar una correcta participación de una empresa pública, pero claro, la informalidad de esta clase de contratos no está apegada a la naturaleza de una institución de carácter público.

---

<sup>228</sup> Ecuador. *Código Civil*, art. 1957.

<sup>229</sup> Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 2.

<sup>230</sup> *Ibíd.* art. 427.

Al respecto, en cuanto a la administración de esta especie de compañía, lo que sí resulta cierto y determinado, aunque no por la ley sino por la naturaleza de esta especie mercantil, es que la administración de la sociedad definitivamente solo le corresponde al gestor. El gestor es pues el partícipe de la sociedad que directamente interviene en el negocio, mientras que su contraparte tendría únicamente que realizar el aporte y mantenerse al margen de la operación del negocio ajeno.

Es decir, la empresa pública debería en su procedimiento de selección precisar particularidades como ésta para definir las condiciones de participación en esta sociedad, ya que, habrá de recordarse el análisis constitucional realizado respecto del objeto de la empresa pública, su participación en la administración y gestión de los recursos naturales y prestación de servicios públicos para determinar la pertinencia y aplicación de esta sociedad por parte de una empresa pública, lo que hace pensar en que no es precisamente adecuado para una entidad que pertenece al Estado optar por esta categoría.

#### **2.2.7. De la compañía holding o tenedora de acciones.**

En cuanto a la compañía holding o tenedora de acciones, la definición legal la trae la Ley de Compañías en su artículo 429. Establece esta norma que la compañía Holding o Tenedora de Acciones, es la que tiene por objeto la compra de acciones o participaciones de otras compañías, con la finalidad de vincularlas y ejercer su control a través de vínculos de propiedad accionaria, gestión, administración, responsabilidad crediticia o resultados y conformar así un grupo empresarial.<sup>231</sup>

Del análisis del mencionado artículo de la Ley de Compañías se extrae que la compañía Holding o tenedora de acciones no es precisamente una especie de compañía. El mismo artículo 2 de la Ley de Compañías determina claramente cuáles son las especies societarias admitidas en el Ecuador<sup>232</sup> y dentro de las cuales la compañía Holding no aparece como una de ellas.

Ahora bien, lo anotado no significa que esta compañía Holding no tenga existencia o posibilidad de existir, sino que más bien se trata de una compañía que abiertamente podría ser de cualquiera de las especies descritas en la ley, diferenciándose únicamente del resto por tener un objeto de tenedora de acciones.

En esa línea de pensamiento, una empresa pública tiene toda la posibilidad de ser parte de una compañía Holding. No obstante, vale recordar que habrá de seguir las

---

<sup>231</sup> Ecuador. *Ley de Compañías*. Art. 429.

<sup>232</sup> *Ibíd.* Art. 2.

disposiciones constitucionales y legales que le habiliten, así como su naturaleza jurídica. En estricto sentido respecto de cuestiones como el objeto, es decir, una empresa pública podrá constituir una empresa Holding siempre que ésta se enmarque en sus políticas y su objeto. En cuanto a su naturaleza, una empresa pública podrá únicamente constituir una sociedad de economía mixta Holding por cuanto el capital que la empresa pública puede aportar siempre será público, pero si podría adquirir acciones o participaciones de una sociedad mercantil con ese objeto.

### **2.3. Asociaciones público privadas.**

Es importante topar este tema dentro de la presente investigación por cuanto las asociaciones público privadas son el principal propósito para establecer la capacidad asociativa de las empresas públicas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Si bien es posible y en muchos casos pertinente la asociación entre dos o más entes de naturaleza jurídica pública; sin duda la pertinencia de la inversión privada es fundamental para el desarrollo de los países latinoamericanos especialmente. Aunque el Estado podría verse como el interesado en la participación del privado en los proyectos para inversión, para el sujeto privado es muy atractivo por las enormes dimensiones de negocios que el Estado maneja.

Las asociaciones público privadas en el Ecuador se presentan como la alternativa en tiempos de crisis en la que el Estado podría satisfacer sus necesidades contando con el apoyo privado no solo por el financiamiento de proyectos sino para que éste asuma los riesgos que el Estado no puede, debe o conviene. Inés María Baldeón sostiene que el artículo 283 de la Constitución de la República incluye un cambio sustancial respecto a la Constitución de 1998. Esto al señalar que nuestro sistema económico es social y solidario; manifiesta que este orden de enunciación distinto de una Constitución a la otra no es casual, sino que responde a un modelo ideológico político claro que está vigente. Relativo a que la Constitución tiene una orientación fuerte hacia un modelo de fortalecimiento o incluso predominio de lo público sobre lo privado que participaría solo de manera residual. Ya que todo el modelo constitucional refleja un criterio de Estado Empresario que no daría cabida sino solo por excepción al sector privado. Pues lo público parecería considerarse suficiente para poder cumplir los objetivos de la política pública.<sup>233</sup>

---

<sup>233</sup> Inés María Baldeón, “Revista de Derecho Foro: Las Asociaciones Público Privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano”, UASB-Ecuador / CEN • Quito, 2016, 112.

Este modelo económico según la misma autora no tuvo problemas cuando existieron por muchos años las condiciones económicas de estabilidad y crecimiento. Recordando a esa exagerada visión de algunos de catalogarle como el milagro ecuatoriano. Pero cuando las circunstancias económicas cambiaron se intentó buscar al privado pensando muchos solo en el financiamiento.<sup>234</sup>

Las asociaciones público privadas utilizadas correctamente pueden constituirse en una modalidad provechosa para el desarrollo de infraestructura (entendiéndose ésta como estructuras físicas y organizaciones básicas para posibilitar la actividad económica social y gubernamental) y servicios básicos. Los cuales cumplen un rol fundamental en la mejora de la calidad de vida de miles de personas en la región de América Latina y el Caribe.<sup>235</sup> Doctrinariamente se ha definido a la asociación pública privada como: “*un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad pública, para brindar un activo o servicio público, en el que la parte privada asume un riesgo importante y la responsabilidad de la gestión y la remuneración está vinculada al desempeño.*”<sup>236</sup> Pues comúnmente la Asociación Público Privada es una forma de contratación a largo plazo de servicios públicos en paquete donde se paga por la disponibilidad y/o uso del servicio inherente a la operación de la obra que se construye por un plazo determinado y no por la mera construcción. Por tanto, en esta asociación el ente público transfiere al ente privado los riesgos inherentes a todo el proceso de construcción y provisión de un servicio porque estos pueden ser manejados de manera más eficiente.<sup>237</sup>

En el Ecuador en el año 2015 se promulgó la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privada cuyo ámbito establecido en su artículo 2 dispone, que dicha ley se aplica a las asociaciones público-privadas que tienen por objeto la provisión de bienes, obras o servicios por parte del Gobierno Central y los Gobiernos Autónomos Descentralizados.<sup>238</sup> Más adelante en el artículo 8 de la misma ley se define a la Asociación Público Privada como: la modalidad de gestión delegada por la que el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados encomiendan al gestor privado, la ejecución de un proyecto público específico y su financiamiento total o parcial,

---

<sup>234</sup>Ibíd, 114.

<sup>235</sup>Banco Interamericano de Desarrollo, *Asociaciones Público Privadas: implementando soluciones en América Latina y el Caribe*, 2015, 6.

<sup>236</sup>Ibíd, 7.

<sup>237</sup> Baldeón, “Revista de Derecho Foro: Las Asociaciones Público Privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano”, 106.

<sup>238</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas*, Registro Oficial No. 652 Suplemento, 18 de diciembre de 2015, art. 2.

para la provisión de bienes, obras o servicios a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo, de conformidad con los términos, condiciones, límites y más estipulaciones previstas en el contrato de gestión delegada.<sup>239</sup>

Este artículo entonces menciona que la asociación pública privada es la gestión delegada al privado. Recordemos que cuando analizamos la compañía de economía mixta revisamos lo que la norma constitucional en sus artículos 313, 314 y 315 mencionaba sobre la reserva de la administración para el Estado en la prestación de servicios públicos y la gestión del sector estratégico; y que excepcionalmente se la entregaría al gestor privado en la forma en la que la ley lo defina.<sup>240</sup> Por lo que, del análisis de lo determinado en la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas, se dispone que la asociación público privada es propia del Gobierno Central y los Gobiernos Autónomos Descentralizados y no se incluye a las empresas públicas, a las cuales ya les fue delegada la gestión en el mismo texto constitucional.

Ahora bien, la economía en su desarrollo conjunto con el derecho en todo el mundo obliga a que los Estados implementen nuevas formas para que el sector público y el sector privado participen de la mano. Esto conlleva que los estados innoven y gestionen nuevos modelos de asociación para satisfacer las necesidades colectivas y de esta forma alcanzar objetivos de interés nacional.<sup>241</sup>

En el Ecuador las empresas públicas tienen una capacidad asociativa muy amplia, lo que le permite no sólo asociarse con entes de naturaleza jurídica pública sino también con la privada; sin embargo, el paradigma constitucional determinado para la gestión de los sectores estratégicos y la prestación del servicio público, que trajo consigo muchas confusiones hace varios años, fue aclarado por la Corte Constitucional y se determinó el alcance con claridad respecto de la mencionada gestión. La Corte dejó claro que la administración, regulación y control de los sectores estratégicos es propia y exclusiva del Estado; quedando imposible su delegación a sujetos de derecho privado salvo los casos excepcionales previstos en la ley.

En esa medida, dicha gestión exclusiva del Estado se podrá ejercer de manera directa o secundaria. De manera directa cuando el Estado asume esa responsabilidad por medio de las empresas públicas que asumen la delegación para la gestión de los sectores

---

<sup>239</sup>Ibíd, art. 8.

<sup>240</sup>Ecuador. *Constitución de la República*, art. 313 – 315.

<sup>241</sup>Maino Vianna, *Mecanismos de Asociación Público-Privada*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 9-13.

estratégicos y la prestación de servicios públicos. Y, de manera secundaria el Estado puede delegar la participación en la gestión de los sectores estratégicos y en la prestación de los servicios públicos a las empresas de economía mixta en las cuales el Estado tenga la mayoría accionaria o en un segundo caso mediante la delegación calificada; es decir, las concesiones.<sup>242</sup> Por lo tanto, que no le corresponde la facultad de encomendar al gestor privado la ejecución de un proyecto público específico y su financiamiento total o parcial para la provisión de bienes, obras o servicios, a las Empresas Públicas; entidades que se crean de acuerdo con el artículo 315 de la Constitución<sup>243</sup> para ser delegadas en la gestión de los sectores estratégicos o administrar la prestación de servicios públicos.

## 2.4. Consorcios

Una forma más de asociación es la conocida como consorcio. Implica que dos o más personas, naturales o jurídicas unan esfuerzos para la consecución de un fin. El consorcio no ubica límite sobre persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, pues se trata de una unión temporal de esfuerzos y/o recursos para alcanzar un objetivo. Si bien no da origen a una nueva persona jurídica pues para aquello habrá de ser necesario que se lo reconozca por ley, si tiene una organización y estructura e inclusive personalidad jurídica lo que le hace sujeto de derecho.

El consorcio a pesar de ser una asociación se diferencia de las conocidas o habituales ejercidas en la sociedad. Es distinto de las sociedades mercantiles y de las civiles, aunque si pueda involucrar el ánimo de lucro de sus partícipes. Se puede señalar que no existe un concepto claro de la naturaleza del consorcio en el derecho administrativo. No es sino su reconocimiento en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública donde se prevé que los proveedores del Estado puedan participar en consorcio para prestar un servicio, construir una obra o entregar un bien. Así lo determina el artículo 26 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, disponiendo que en los procedimientos a los que se refiere esta ley los oferentes inscritos en el RUP, sean personas naturales o jurídicas, podrán presentar sus ofertas individualmente, asociadas, o con compromiso de asociación o consorcio.<sup>244</sup>

---

<sup>242</sup>Ecuador. Resolución de la Corte Constitucional No. 1, en Registro Oficial 629, Suplemento, 30 de enero de 2012.

<sup>243</sup>Ibíd.

<sup>244</sup> Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Art. 26.

En aras de facilitar la participación de proveedores en ese sentido, la ley determina que podrán hacerlo mediante un compromiso de asociación, y solo cuando haya de suscribirse el contrato, el consorcio deberá formalizarse mediante escritura pública. Es así como está establecido en el artículo 67 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública cuando determina que, en cualquier proceso precontractual previsto en esta ley, pueden participar consorcios o asociaciones de personas naturales y/o jurídicas, constituidos o por constituirse, en este último caso presentando el compromiso de asociación o consorcio correspondiente. Sin embargo, para la celebración de los contratos con una asociación o consorcio será requisito previo la presentación de la escritura pública mediante la cual se haya celebrado el contrato de asociación o consorcio, escritura en la que debe constar la designación de un apoderado, y que dichas escrituras de constitución y disolución de la asociación o consorcio deberán contener los requisitos establecidos en el Reglamento la ley.<sup>245</sup>

La proliferación de instituciones administrativas e interadministrativas es una característica de los Estados modernos y precisamente por el ingente desarrollo de sus propias áreas podrá comprenderse la dificultad de encuadrar el concepto con perfiles nítidos en el derecho privado. Menos en el derecho público cuando de todos es sabido que en este por su proceso de formación y por el macrocosmos actual de la administración pública resulta difícil la configuración metodológica de nuevos institutos. Que precisamente han surgido como instrumentos de una eficaz dirección administrativa frente a las exigencias del devenir histórico. Por lo que por la evolución de esta figura han conducido muchas veces a una vaguedad en las expresiones o conceptos lo que genera confusión en la definición de su concepto.<sup>246</sup>

Pese a la dificultad que podría entrañar la definición de esta categoría jurídica asociativa Caballero Sierra lo define como una técnica de mediación que permite a sus miembros organizarse y efectuar mancomunadamente actividades que redundan en beneficio de cada una de ellas y que pueden ser mejor afrontadas interponiendo entre los intereses particulares y la actividad a su servicio, un órgano común que va a asumir, por cuenta y favor de los consorciados tareas más eficazmente cumplidas desde un centro de imputaciones colectivas. El consorcio pone a disposición de sus componentes un aparato instrumental que actuará en pro de sus intereses. Pero solo acometerá aquellas actividades

---

<sup>245</sup> Ibid. Art. 67.

<sup>246</sup> Gaspar Caballero Sierra, *Los consorcios públicos y privados* (Bogotá, Temis, 1985) 9.

que se decida encomendarle precisamente por ser susceptible de mejor desempeño por vía asociativa.<sup>247</sup>

De la misma manera que las sociedades mercantiles el consorcio se materializa a través de la suscripción de un contrato plurilateral de organización. Esto implica que las partes que lo suscriben se comprometen a aunar sus esfuerzos y recursos para alcanzar un objetivo específico. Es importante recalcar que los consorcios no generan el nacimiento de una persona jurídica distinta a la de sus participantes puesto que como habíamos visto en el estudio de las sociedades deben ser reconocidas en una ley para adquirir esa calidad. No obstante, los consorcios por medio de sus estatutos tienen una estructura que les permite organizarse. Además de ser un contribuyente al fisco tal y como lo es una sociedad mercantil.

Si bien no existe una limitación para que las personas jurídicas o naturales se junten en consorcios es común que se dé entre empresas. La premisa o idea predominante en este tipo de asociaciones es que las personas jurídicas conserven su propia identidad económica y jurídica y que pese a aquello pasen a formar una organización o unidad que ejecute sus ideas a través de su dirección.

Al pensar en la factibilidad de que una empresa pública conforme un consorcio o se haga parte de uno existente se concluye en que no existiría impedimento aparentemente. Por lo que valdrá simplemente considerar para aquellos las mismas premisas que se consideraron para cuando la empresa pública pretenda conformar una sociedad mercantil o hacerse parte de una ya existente. Como se había analizado en esta investigación las empresas públicas tienen una razón de existir determinada en la Constitución de la República; el administrar el sector estratégico, así como el prestar los servicios públicos. Siguiendo el lineamiento constitucional será el Estado a través de estas entidades empresariales públicas quienes tengan la mayoría cuando éstas atiendan la prestación o administración de servicios públicos y sectores estratégicos respectivamente en asocio con terceros.

Sin lugar a dudas habrá también al igual que, en el caso de que la empresa pretenda ser parte de sociedades mercantiles, preparar un proyecto para que mediante un concurso público se seleccione al socio o aliado para la conformación de un consorcio. Si bien de la creación del mismo no surge una persona jurídica distinta si es preciso que la empresa

---

<sup>247</sup> *Ibíd*, 22.



pública analice las obligaciones a las que se comprometería cumplir siendo pertinente un proceso asociativo bien conformado.

## 2.5. Joint venture

La evolución de los mercados ha marcado la tendencia de un mundo empresarial competitivo. Donde los bienes o servicios que se ofrecen cada vez requieren mayor perfeccionamiento e innovación. En esa medida los empresarios optan por unir esfuerzos que les permitan desarrollar sus productos y servicios a otro nivel que el consumidor espera. La idea principal es cerrar el ciclo productivo de manera que los empresarios se unen proponiendo sus recursos sean estos bienes, industria o trabajo para ofrecer un producto o servicio con mayor alcance para el consumidor.

Como origen el joint venture surge de la necesidad de la integración de las empresas mercantiles norteamericanas a la luz del derecho antimonopólico en un ambiente de libre competencia dentro de una economía desarrollada y cada vez más exigente en donde la eficiencia es un requerimiento básico para la supervivencia de las empresas.<sup>248</sup>

El joint venture es una institución no legislada del derecho norteamericano que se ha ido constituyendo a través de los fallos judiciales por más de ciento cincuenta años. No se trata sino de una asociación de dos o más personas para realizar una empresa aislada que implica un determinado riesgo (venture) para lo cual persiguen unidas un beneficio. Pero sin crear una sociedad o corporación para aquello combinan propiedades, efectos, trabajo, conocimientos, etc.<sup>249</sup>

Sin duda la ventaja que brinda la naturaleza atípica del joint venture es que se adapta a las necesidades de quienes quieren incursionar en una asociación empresarial. Toda vez que no tiene una estructura rígida ni requiere de formalidades más allá de las que se le quiera dar en armonía con el deseo de sus partícipes.

El joint venture es un pacto o asociación entre competidores actuales o potenciales. Por el cual se comparte el *managment*(administración) y a diferencia del *merger*(fusión) que connota una fusión o consustanciación empresarial de cual deriva cierta estabilidad y permanencia, el joint venture persigue objetivos específicos, concretos y limitados. Se dan generalmente como ejemplo de estas amalgamas empresarias las asociaciones que se realizan entre dos o más empresas. En principio competitivas para realizar obras de

---

<sup>248</sup> Víctor Cevallos, *Manual de Derecho Mercantil* (Quito: Jurídica del Ecuador, 2011) 457.

<sup>249</sup> Caballero Sierra, *Los consorcios públicos y privados*, 67.

infraestructura como puertos, túneles, complejos hidroeléctricos, etc., que por sus riesgos y por las cuantiosas inversiones y el know how requeridos escapan generalmente a las posibilidades de una sola empresa.<sup>250</sup>

Las características del joint venture se han definido a través de la jurisprudencia norteamericana. Es así que: a) esta figura no tiene limitación en el tiempo más allá de la que sus miembros se imponen; b) las obligaciones y derechos de sus miembros en similar efecto son los mismos que emanan de una sociedad civil o mercantil; c) respecto de terceros la responsabilidad de todos los socios es personal siendo cada uno responsable de sus propios actos, ya que, todos se consideran recíprocamente mandatarios dentro del negocio que se trate.<sup>251</sup> Además es un mecanismo económico comercial de colaboración por el que dos o más personas naturales comparten los riesgos financieros, los beneficios y las decisiones, en la realización de una aventura u operación común y determinada. Aportan dinero, tecnología, trabajo, y forman en el primer caso un fondo común con un destino fijo.<sup>252</sup>

Existe variedad en las definiciones del joint venture. Gerardo Alfonso García investigador jurídico de la Universidad Nacional Autónoma de México recoge varios conceptos de este contrato asociativo considerando su objetivo, sus características, sus partícipes, el territorio, y, en fin, las distintas posibilidades que inciden para su implementación. Entre las más destacadas tenemos la que trae a colación del Black Law's Dictionary mencionando que es un negocio llevado a cabo por dos o más personas con un proyecto en común cuyos elementos son: 1) un acuerdo, sea este expreso o tácito; 2) un objetivo común; 3) el compartir las ganancias o pérdidas; 4) el derecho de cada miembro para administrar el negocio.<sup>253</sup>

La ejecución y representación en esta figura asociativa está en todos los miembros. Por lo que las acciones y consecuencias de éstas se reputan hechas y conseguidas por todos y cada uno de sus participantes siempre que no recaigan en responsabilidad respecto de terceros. De manera que todos asumen las pérdidas y se hacen de los beneficios. Así como las obligaciones durarán lo que el joint venture dure.<sup>254</sup> Vale mencionar que algunos de los elementos mencionados no son rígidos; por ejemplo, mencionar que todos los

---

<sup>250</sup> José Alberto Garrone, en Cevallos, *Manual de Derecho Mercantil*, 459.

<sup>251</sup> *Ibíd*, 68.

<sup>252</sup> Cevallos, *Manual de Derecho Mercantil*, 460.

<sup>253</sup> Gerardo García López, "Joint Venture. Generalidades y Clasificación", UNAM-MÉXICO, 2015, 487.

<sup>254</sup> José Alberto Garrone, en Cevallos, *Manual de Derecho Mercantil*, 459.

miembros asumen las pérdidas o los beneficios es una equivocación, ya que, al tratarse de un contrato atípico bien podría estipularse según conveniencia de las partes que las ganancias o las pérdidas sean asumidas por una sola de ellas. Más si se tratare del caso de que una empresa pública deseara asociarse con un ente de derecho privado y no desee compartir los riesgos del negocio.

Siguiendo en el análisis encontramos una definición de fundamental importancia para nuestro caso de estudio. Me refiero a que es de suma importancia para lo relacionado a la capacidad de asociarse de las empresas públicas. Gerardo García define una clasificación del joint venture como contractual. Para lo cual cita al autor Thomas Gale que menciona que se trata de una asociación de dos o más individuos o compañías con un negocio en común para obtener ganancias sin contar con un *partnership* o incorporación. De manera que no resulta necesaria la asociación o constitución de un ente económico diverso de los contratantes para la ejecución del objeto del joint venture.<sup>255</sup> Así como puede existir el joint venture como mecanismo asociativo admitiendo que puede constar en él la obligación de que sus partícipes conformen o sean parte de una sociedad mercantil o cualquier otra que éstos prevean necesario para el cumplimiento de su objetivo principal. A aquella forma o clase de joint venture se le conoce como joint venture societaria.<sup>256</sup>

Analizando las ideas expuestas a esta investigación se entiende que una empresa pública podría constituir o ser parte de un joint venture siempre con mayoría en la participación. Sin embargo, cuando se trate de un joint venture societaria la empresa pública habrá de advertir en su acuerdo que la constitución de una sociedad mercantil solo podrá optar por la de empresa de economía mixta puesto que al ser una sociedad de capital y el capital que aportaría una empresa pública tendría ese mismo carácter.

## 2.6. Alianza estratégica

Existe cierta dificultad para definir lo que es una alianza estratégica. Esto debido a que su uso no es sino la manera en que se definen los acuerdos que tienen las personas jurídicas especialmente cuando desarrollan entre sí grandes proyectos. Una alianza no es más que un acuerdo de voluntades entre dos personas que tienen la capacidad legal para

---

<sup>255</sup> Gerardo García López, “Joint Venture. Generalidades y Clasificación”, UNAM-MÉXICO, 2015, 488.

<sup>256</sup> UNMSM, “Joint Venture: Estrategia para lograr la competitividad empresarial en el Perú” Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, 6, [http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/indata/vol7\\_n1/pdf/joint .pdf](http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/indata/vol7_n1/pdf/joint.pdf)

contraer obligaciones y hacerse de derechos. De manera que bien podría un consorcio, joint venture, y cualquier otra forma asociativa entenderse como un tipo de alianza. Ahora en cuanto a la significación de la palabra estratégica, se trata de una planificación que está orientada a la consecución de un objetivo o finalidad. La estrategia define los pasos o el lineamiento que se debe seguir para alcanzar una meta.<sup>257</sup>

Una alianza estratégica es aquel vínculo contractual celebrado entre dos personas para al alcanzar un objetivo común. Evidentemente en este contrato las partes se obligarán a entregar recursos, trabajo o industria, así como, acordarán el reparto de las ganancias que la consecución del objetivo consiga. De ser el caso, ya que, este tipo de contrato por no ser típico implica una serie de alternativas que podría contemplar en igual sentido que el consorcio o el joint venture.

Las alianzas estratégicas son contratos celebrados entre dos o más empresas por los cuales integran parcialmente operaciones o actividades que forman parte de su actividad empresarial a través de la puesta en común de recursos, bienes o dinero. De manera estable y duradera para la mejora de su situación competitiva y participando de manera conjunta y proporcional en los resultados de la explotación.<sup>258</sup>

La virtud de las alianzas estratégicas es principalmente permitir que las organizaciones alcancen nuevas capacidades y aquellas que ya poseen sean mejoradas. Las alianzas entre organizaciones buscan el cambio tecnológico por lo que las instituciones precisan concretar alianzas que les permitan innovar a nivel tecnológico. Así como para crear nuevas variantes de sus productos o que estos alcancen nuevos mercados.<sup>259</sup>

Se puede concluir en señalar que este tipo de contratos: el consorcio, joint venture o alianza estratégica vienen siendo todos de una misma especie. Contratos atípicos que al ser flexibles permiten un uso aplicado a los diferentes casos que podrían presentarse mayormente en el mundo empresarial privado; no siendo este un impedimento para que sea aplicado en el ámbito público. En ese sentido, una empresa pública en ejercicio de su capacidad asociativa podría celebrar contratos atípicos para alcanzar sus objetivos siempre considerando las premisas constitucionales que le rigen para dicho ejercicio en apego con la ley.

---

<sup>257</sup> *Diccionario de la Real Academia de Lengua Española*, [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>258</sup> Gerardo García López, "Joint Venture. Generalidades y Clasificación", UNAM-MÉXICO, 2015, 489.

<sup>259</sup> Pertti Karkainen, *Grandes casos empresariales el estilo Nokia sus métodos para liderar un sector* (España: Rotapapel, 2007) 69.

En ese sentido vale considerar el criterio del señor Procurador General del Estado Ecuatoriano, manifestado en su oficio Nro. PGE. No.: 01796 de 20 de junio de 2018 <sup>260</sup> que señala que, la empresa pública para cuando de seleccionar un socio o aliado se trate, deberá el Directorio aprobar las especificaciones, condiciones técnicas, económicas y cualquier otro criterio de selección del socio, criterios que habrán de ser parte de unas bases o pliegos que se publicarán al inicio del proceso.

Por lo tanto, y como se había ya manifestado en esta investigación páginas atrás, deberá existir en una empresa pública un conjunto de normas que le habiliten a sus administradores seguir un procedimiento de aprobación de proyectos, mismos que deberán contener un modelo de negocios que garanticen el retorno de la inversión, una matriz de riesgos y garantías que aseguren la correcta ejecución<sup>261</sup>, así como el procedimiento de selección de los socios que para él se requiera que intervengan. Esto garantizaría que el proyecto, por un lado, se realice apegado a los principios y objetivos de la empresa pública, además de que se realice la selección del aliado mediante un concurso público que deje ver un procedimiento transparente, justo, ecuaníme y en el cual pueda participar cualquiera que se encuentre en capacidad de hacerlo.

Adicionalmente, vale mencionar conforme se ha analizado a lo largo de este trabajo, que cuando se trate de una empresa dedicada a la gestión del sector estratégico o la prestación de servicios públicos, deberá ésta tener siempre la mayoría en este tipo de contratos, por cuanto si la administración de la alianza depende de la mayoría de la participación, la toma de decisiones obedecerá siguiendo esa línea, perdiendo la parte estatal el control y la administración entregando intrínsecamente la delegación de la gestión al actor privado.

### **3. Alcances y límites de la capacidad asociativa de las empresas públicas en el Ecuador.**

La Ley Orgánica de Empresas Públicas en su artículo 35<sup>262</sup> dispone que las empresas públicas pueden asociarse para el cumplimiento de sus fines y objetivos

---

<sup>260</sup> Ecuador, Procurador General del Estado, *oficio Nro. PGE. No.: 01796*, de 20 de junio de 2018, [www.pge.gob.ec](http://www.pge.gob.ec)

<sup>261</sup> Organización de las Naciones Unidas. “Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects”, Nueva York, 2001, XI.<<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>>

<sup>262</sup> Ecuador. *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 35.

empresariales. Mientras que el artículo 36<sup>263</sup> de la misma ley habilita a estos entes la capacidad de asociación para ampliar sus actividades, acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar las metas de productividad y eficiencia en todos los ámbitos de sus actividades.

Estos artículos estipulan que las empresas públicas podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, consorcios, constituir subsidiarias, adquirir acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras y en general optar por cualquier otra figura asociativa que se considere pertinente conforme a lo dispuesto en los artículos 315 y 316 de la Constitución de la República.<sup>264</sup>

No contando esta norma sustantiva con un reglamento de aplicación, se ha determinado que la empresa pública cuando de asociarse se trate, deberá contar con un conjunto de normas, avaladas por la máxima autoridad, que establezcan los objetivos y principios que tiene la empresa pública para asociarse. Además, los proyectos deberán contener modelos de negocios, matrices de riesgos y garantías que aseguren la correcta ejecución de los mismos<sup>265</sup>. De igual manera, se establecerá el procedimiento que realizará el Gerente General para la aprobación por parte del Directorio de los proyectos y de los requisitos y exigencias que deberá cumplir el potencial socio en un concurso público transparente y de trato justo, que garantice la concurrencia necesaria para su selección.<sup>266</sup> Esto asegurará también el cuidado y buen uso de los recursos públicos. Se exceptúa de la aplicación del concurso público<sup>267</sup> en el caso de que el potencial socio sea una entidad de naturaleza jurídica pública, sin embargo, deberá de todas formas cumplirse el procedimiento previo de perfilación y aprobación del proyecto.

Por otro lado, se destacó en esta investigación, siguiendo el paradigma constitucional, que las empresas públicas no son susceptibles de celebrar asociaciones público privadas, ya que, la asociación público privada se concibe como la delegación de la gestión al actor privado, tal como lo ha determinado la Ley Orgánica de Incentivos para

---

<sup>263</sup> Ibíd, art. 36.

<sup>264</sup> Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, art. 315 y 316.

<sup>265</sup> Organización de las Naciones Unidas. "Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects", Nueva York, 2001, XI. <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>>

<sup>266</sup> Ecuador, Procurador General del Estado, *oficio Nro. PGE. No.: 01796*, de 20 de junio de 2018, [www.pge.gob.ec](http://www.pge.gob.ec)

<sup>267</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, arts. 35.

Asociaciones Público Privadas<sup>268</sup>. Entonces, siendo imposible una nueva delegación de lo ya delegado, la empresa pública queda limitada en ese aspecto para asociarse, por lo que habrá consideraciones que hacerse cuando la empresa del Estado a la cual le ha sido delegada la gestión precise participar en alguna modalidad de asocio.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas determina que las empresas públicas podrán constituir alianzas estratégicas. Como vimos anteriormente la alianza estratégica es un término creado corporativamente. En este estudio la hemos revisado al final junto con la sociedad de cuentas en participación, los consorcios y joint venture por cuanto ninguna de estas figuras da nacimiento a una persona jurídica distinta a la de sus partícipes. Si bien existen formalidades que revisten la creación de estas figuras de asocio, ninguna implica que cuando son creadas se dé el nacimiento de un ente con personalidad jurídica propia.

Estas alianzas o consorcios son figuras asociativas conocidas también como uniones transitorias. En estas uniones temporales las partes promueven a través de la unión de sus recursos o esfuerzos alcanzar un objetivo o meta común. Bajo tal consideración una empresa pública bien podría celebrar con un aliado o socio estratégico un contrato de alianza estratégica, joint venture, consorcio, etc., siendo estas distintas denominaciones a las que en términos generales se conocen como uniones temporales o transitorias. Eso sí, en caso de tratarse de administración del sector estratégico, prestación de servicios públicos u otra actividad económica del Estado, deberá tener la empresa pública siempre la mayoría en la participación para de esa manera no caer en una delegación de la gestión al actor privado.

Después de alianzas estratégicas la ley dispone que las empresas públicas puedan conformar sociedades de economía mixta. Si bien es verdad que la Ley Orgánica de Empresas Públicas en el artículo 36<sup>269</sup> menciona en su parte final que las empresas públicas podrán optar por cualquier otra figura asociativa que se considere pertinente, cabe analizar un poco más a profundidad este aspecto por cuanto existen limitaciones legales y principalmente constitucionales al respecto de la creación de sociedades mercantiles por parte de una empresa pública.

Recordemos que a lo largo de este estudio se identificaron que las sociedades son de dos tipos: las civiles y las mercantiles. Distinguiéndose que las primeras no tienen un fin de lucro y las segundas su ánimo principal es obtener lucro para sus miembros. Por

---

<sup>268</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas*, arts. 2, 8.

<sup>269</sup> *Ibíd*, art. 36.

ende, si nos quedamos con la sola lectura del artículo 36<sup>270</sup> una empresa pública podría conformar cualquiera de estas sociedades. Cuando revisamos la naturaleza de cada una evidenciamos las imposibilidades para que una empresa pública las conforme.

Si consideramos que las especies de sociedades civiles son: en nombre colectivo, en comandita y anónima esto según el código civil. Existen también otras sociedades civiles consideradas por la ley como parte de la economía popular y solidaria. La sociedad civil y mercantil a nombre colectivo según el artículo 42 de la ley de compañías<sup>271</sup> son propias solo de las personas naturales. Al igual que la sociedad en comandita simple por cuanto su carácter es que sus partícipes sean solidaria e ilimitadamente responsables de la misma; exceptuando que en la sociedad en comandita por acciones si podrá ser una persona jurídica parte, pero solo en la calidad de comanditario. Es decir, cuando solo aporte capital, razón por la que no se obliga más allá de dicho aporte.

En las sociedades de la economía popular y solidaria pueden ser parte los Sectores Comunitarios, Asociativos y Cooperativistas, así como también las Unidades Económicas Populares. El artículo 15 de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria<sup>272</sup> define al Sector Comunitario como el conjunto de organizaciones, vinculadas por relaciones de territorio, familiares, identidades étnicas, culturales, de género, de cuidado de la naturaleza, urbanas o rurales; o, de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades que, mediante el trabajo conjunto, tienen por objeto la producción, comercialización, distribución y el consumo de bienes o servicios lícitos y socialmente necesarios, en forma solidaria y auto gestionada.

El artículo 18<sup>273</sup> de la ley antes mencionada determina al Sector Asociativo como el conjunto de asociaciones constituidas por personas naturales con actividades económicas productivas similares o complementarias con el objeto de producir, comercializar y consumir bienes y servicios lícitos y socialmente necesarios, auto abastecerse de materia prima, insumos, herramientas, tecnología, equipos y otros bienes, o comercializar su producción en forma solidaria y auto gestionada bajo los principios que se mencionaron anteriormente.

Sobre el cooperativismo el artículo 21<sup>274</sup> de la ley en cuestión señala que es el conjunto de cooperativas entendidas como sociedades de personas que se han unido en

---

<sup>270</sup> Ibid.

<sup>271</sup> Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 42.

<sup>272</sup> Ecuador. *Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria*, art. 15.

<sup>273</sup> Ibid, art. 18.

<sup>274</sup> Ibid, art. 21.



forma voluntaria para satisfacer sus necesidades económicas, sociales y culturales en común, mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática con personalidad jurídica de derecho privado e interés social.

Finalmente, el artículo 78<sup>275</sup> de la misma norma legal estipula que las Unidades Económicas Populares son las que se dedican a la economía del cuidado, los emprendimientos unipersonales, familiares, domésticos, comerciantes minoristas y talleres artesanales; que realizan actividades económicas de producción, comercialización de bienes y prestación de servicios que serán promovidas fomentando la asociación y la solidaridad.

Por lo tanto, una empresa pública no puede asociarse bajo la modalidad de sociedades civiles o mercantiles en nombre colectivo, comandita simple, y las formas determinadas por la ley orgánica de la economía popular y solidaria. En otras palabras, constituir sociedades de personas naturales no es posible para las empresas públicas por ser éstas, personas jurídicas y tener capital público.

Para determinar la factibilidad de constituir sociedades de capital, que son la sociedad en comandita por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada, la anónima y la sociedad de economía mixta expresamente determinada como modalidad asociativa en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, es necesario analizar lo siguiente:

Habiendo dejado los artículos 35 y 36<sup>276</sup> de la Ley Orgánica de Empresas Públicas la posibilidad de optar por cualquier figura asociativa que se considere, permite que se interprete como una facultad sin límites de las empresas públicas para asociarse. Pensando que éstas pueden constituir principalmente sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, lo cual es un error.

Interpretación que el señor Procurador General del Estado acoge cuando absuelve la consulta que el Ministro de Recursos Naturales No Renovables plantea; precisamente respecto del alcance de la capacidad asociativa de la empresa pública, cuando consulta: ¿si está legalmente facultada la empresa pública para constituir cualquier tipo de figura asociativa autorizada por la Ley, incluida una sociedad anónima, con cualquier porcentaje de capital mayoritario o minoritario para el desarrollo de proyectos del sector minero?. En atención a dicha consulta el Procurador con base en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y 12 de la Ley de Minería, (por la particularidad de la consulta vinculada a la Empresa Nacional Minera ENAMI EP) sosteniendo que de acuerdo con

---

<sup>275</sup> Ibíd, art. 78.

<sup>276</sup>Ecuador. *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 36.

los mencionados artículos la empresa pública en ejercicio la capacidad asociativa puede celebrar todo tipo de contrato permitido por la ley, dando por entendido que dentro de esos contratos estaría el de sociedad de una especie societaria anónima, por ejemplo. Sin embargo, en cuanto a la participación del Estado en la figura de asociado, si menciona el Procurador, y con lo que coincide, que el Estado de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, debe tener siempre la participación mayoritaria cuando de sectores estratégicos se trata.<sup>277</sup>

Este criterio del Procurador General del Estado se contrapone con la investigación y análisis realizado en este trabajo a lo largo de los capítulos precedentes, que, a diferencia del practicado por el abogado del Estado, considera el origen, los elementos, naturaleza jurídica, rol y características de la empresa pública y de las modalidades asociativas, entre ellas las sociedades mercantiles, para delimitar el alcance del ejercicio de la capacidad asociativa de las empresas públicas. Concluyendo que una sociedad mercantil al fundarse en las personas y el capital, deviene de los mismos su naturaleza, características y rol; existiendo para la participación del Estado una figura societaria mercantil específica, me refiero a la sociedad de economía mixta, tal y como lo establece la doctrina y el artículo 308 de la Ley de Compañías<sup>278</sup> que el Procurador no considera para emitir su criterio.

Al tratarse de sociedades de capital Ley de Compañías, aunque no expresa que son propias de personas de derecho privado, si considera la diferenciación de la naturaleza del capital que las componen; pero debe aclararse que las sociedades civiles y mercantiles son eminentemente de derecho privado. En ese sentido cuando existe capital público para la conformación de una sociedad mercantil, automáticamente se considera a esta como una sociedad de economía mixta. Así consta determinado en el artículo 308 de la Ley de Compañías.<sup>279</sup>

Por lo que, al tratarse de que el capital de una empresa pública, que puede ser aportado a una sociedad, es eminentemente de carácter público; se concluye que tratándose de sociedades mercantiles la empresa pública solo puede constituir empresas de economía mixta. Lo dicho no sólo tiene una motivación legal que desde el punto de vista constitucional es suficiente por lo determinado en el artículo 226<sup>280</sup> que recoge el principio de legalidad que rige a la administración pública; sino que existen

---

<sup>277</sup>Ecuador, Procurador General del Estado, *oficio Nro. PGE. No.: 02121*, de 28 de diciembre de 2018, [www.pge.gob.ec](http://www.pge.gob.ec)

<sup>278</sup>Ecuador. *Ley de Compañías*, art. 308.

<sup>279</sup>*Ibid.*

<sup>280</sup>Ecuador. *Constitución de la República*, art. 226.

consideraciones más de tipo teóricas y doctrinarias. En este estudio hemos podido determinar que las sociedades y sus distintas especies tienen un origen y razón de ser considerando las personas que lo constituyen, el aporte para su conformación y los fines que persiguen.

El hecho de que las empresas públicas no puedan constituir sociedades mercantiles como la de responsabilidad limitada y la anónima no significaría que no pueda ser parte de ellas. El artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas menciona a la capacidad asociativa como la posibilidad de adquirir acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras.<sup>281</sup> Cuestiones que ya se han dado. Por ejemplo, el Banco del Pacífico que habiendo sido su capital enteramente privado de una sociedad anónima hoy le pertenece en su totalidad al Estado.

Sin embargo, de darse el caso de una sesión de acciones o participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada o anónima o la constitución de una empresa de economía mixta que tengan como objeto la gestión de los sectores estratégicos o la prestación de servicios públicos, la parte estatal deberá siempre ser la mayoritaria conforme a lo dispuesto en los artículos 315 y 316 de la Constitución de la República.<sup>282</sup> Pero además de la determinación constitucional para que sea mayoritaria la participación del sector público es importante señalar que es necesaria la selección del socio o aliado para el Estado mediante la participación del mismo en un concurso público.

Al ser las empresas públicas parte del sector público su administración debe regirse por el correcto uso y cuidado de sus recursos. Los recursos estatales por pertenecer al Estado deben administrarse con el cuidado que exigen los ciudadanos se administren; y los ciudadanos manifiestan sus reglas mediante la ley, lo cual concuerda con el Procurador General del Estado quien ha manifestado en su criterio contenido en su oficio Nro. PGE. No.: 01796 de 20 de junio de 2018<sup>283</sup> cuando este exige que las empresas públicas cuenten con normas que orienten el procedimiento de aprobación del proyecto y selección del socio, y que medie un concurso público. Primando los principios de concurrencia, publicidad, participación, trato justo, que a propósito son mencionados como de obligatorio cumplimiento en el artículo 227 de la Constitución de la República.<sup>284</sup>

---

<sup>281</sup>Ecuador. *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 36.

<sup>282</sup>Ecuador. *Constitución de la República*, art. 315 y 316.

<sup>283</sup> Ecuador, Procurador General del Estado, *oficio Nro. PGE. No.: 01796*, de 20 de junio de 2018, [www.pge.gob.ec](http://www.pge.gob.ec)

<sup>284</sup>*Ibíd.*, art. 227.

En tal virtud, si una empresa pública adquiere acciones de una sociedad anónima podría el sentido del concurso público perderse; toda vez que la sociedad anónima tiene la característica de brindar a sus partícipes absoluta libertad para negociar sus acciones. Mientras que tratándose de compañías de responsabilidad limitada la cesión de las participaciones debe ser autorizada por la junta general. Consecuentemente, una empresa pública puede adquirir las participaciones de una compañía de responsabilidad limitada si es que tal adquisición es por la mayoría de las mismas. Y, por otro lado, en caso de adquirir las acciones de una sociedad anónima, la empresa pública deberá adquirirlas en su totalidad.

Además del análisis meramente teórico expresado hasta este punto, vale mencionar que la actualidad del Ecuador respecto de su economía ha generado el debate para minimizar los gastos y por otro lado conseguir recursos. En ese escenario las empresas públicas juegan un rol determinante para que el aparataje estatal no sólo que logre sostenerse por sí sólo, sino que genere excedentes para que sean invertidos en las diferentes necesidades de la ciudadanía.

Como hemos revisado a lo largo de esta investigación los emprendimientos requieren que sus partícipes inviertan recursos. Sean éstos dinero, trabajo o industria. Sin embargo, las empresas públicas y en general el Estado por lo general no cuentan con los suficientes que se requieren para inversión. Normalmente todo emprendimiento se maneja a lo largo de su duración con un riesgo. El mismo puede ser bajo o alto, pero siempre existirá. En esa medida considerar que las empresas públicas que se sostienen con recursos fiscales, inviertan bajo riesgo no es aceptable considerando los fines del Estado. A excepción de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, Petroecuador, y la Corporación Eléctrica del Ecuador que podrían considerarse autosustentables.<sup>285</sup>

Y aunque eventualmente las últimas empresas públicas mencionadas han arrojado utilidades al culminar sus ejercicios fiscales, no quiere decir aquello que estén administradas correctamente. Como se mostró en esta investigación el Estado dejó ver no solo en los últimos años, que no es un buen administrador. Sus empresas públicas que se presentaron como el eje fundamental de su economía no han dado resultados buenos, la mayoría de ellas arroja pérdidas, lo que ha provocado que se piense en su cierre y en otros su concesionamiento.

---

<sup>285</sup> JS, “Diario La Hora”, 13 de abril de 2018, párr. 9, <https://lahora.com.ec/noticia/1102149452/15-de-22-empresas-publicas-generan-perdidas-al-estado-ecuatoriano->.

Entonces se piensa que la asociatividad es el mecanismo idóneo de salvataje de esta crisis empresarial pública, eso deja ver el gobierno de turno cuando la pretende, pero tampoco existen casos de éxito que permitan avizorar un horizonte alentador respecto al asocio de las empresas públicas. Más bien, por otro lado, se conoce y aunque no de fuentes oficiales, lo que es obvio, porque el Estado no comunica sus fracasos, que ninguna alianza estratégica u otra modalidad de asocio en que haya intervenido una empresa pública haya sido exitosa, y tal vez ese es el motivo por el que se han retomado modelos de gestión anteriores como la concesión, pero esta vez el proceso busca concesionar las empresas públicas.

Entonces si el Estado es un mal administrador como mencionan los expertos, no es problema de un modelo de gestión, me refiero a la colaboración público privada, sino que el problema está en que el Estado no ha sabido preparar su proyecto o no ha escogido adecuadamente al socio correcto.

De las modalidades de asocio que se han presentado a lo largo de esta tesis, vimos que la compañía de economía mixta, no es solo la mejor orientada doctrinaria y normativamente para ese fin, sino que es la única que permite verificar resultados favorables y que además presenta casos en ejercicio. Aunque del universo encontrado las empresas de economía mixta activas son minoría, el hecho de que existan demuestra que la colaboración pública privada puede ser exitosa y perdurar por muchos años.



## Conclusiones y recomendaciones

Como resultado de esta investigación podemos concluir en que la capacidad asociativa de una empresa pública de acuerdo al marco jurídico ecuatoriano es bastante amplia. Esta facultad legal que tienen las empresas públicas se presenta como una alternativa o herramienta de estos entes para alcanzar sus objetivos. Sin embargo, la capacidad asociativa tiene limitaciones que la administración de las empresas públicas en el Ecuador debe considerar. Debido a que, la ley no consideró varias particularidades que vuelven obscura en la práctica a esta facultad legal. Por lo tanto, me permito enumerar las siguientes conclusiones específicas:

1. Las empresas públicas cuando de asociarse se trate deberán contar con un reglamento de asociatividad. Este instrumento será el conjunto de normas, aprobadas por el Directorio de la empresa pública, que establecerá los principios y objetivos alineados a los del Estado, para crear proyectos con especificaciones técnicas que prevean la ejecución de los mismos en colaboración con entes de naturaleza pública y privada, para lo cual todo proyecto deberá presentar modelo de negocio, matriz de riesgos y garantías de ejecución y sustentabilidad.
2. Las empresas públicas que cuenten con proyectos debidamente aprobados para ser ejecutados en colaboración con actores públicos o privados, deberán seguir un procedimiento, determinado por el directorio, mediante el cual se elaboren pliegos o bases que determinen la forma, duración, los requerimientos y características que debe reunir un potencial socio o aliado para ser seleccionado, quien deberá suscribir un contrato previo a un concurso público, salvo que se trate de un actor de naturaleza jurídica pública, en cuyo caso estará la empresa pública exenta de realizar dicho concurso pero si el procedimiento previo al mismo, así como también deberá suscribir un contrato.
3. Las empresas públicas no pueden celebrar asociaciones público privadas, ya que, esta figura se concibe como la delegación de la gestión al actor privado, toda vez que las empresas públicas ya han sido delegadas para el desarrollo de actividades que le corresponden al Estado conforme lo establece la Constitución de la República.
4. El mecanismo asociativo por excelencia para el desarrollo de actividades económicas entre el Estado y un actor privado, determinado a nivel doctrinario y normativo, es la

sociedad mercantil de economía mixta, puesto que este es el único mecanismo de colaboración público privado que ha dado mayores resultados positivos y que tiene un control público y privado, además de que su funcionamiento se sujeta a normas mercantiles claramente determinadas y aplicadas en la práctica.

5. Las empresas públicas, pueden previo a un concurso público para seleccionar su socio o aliado, constituir sociedades de economía mixta y asociaciones temporales como consorcios, alianzas estratégicas, joint venture, entre otros, siempre que derivado de dicho vínculo no se cree una sociedad mercantil distinta a la de economía mixta, puesto que el capital público de la empresa pública solo permitiría esa especie de sociedad.
6. La empresa pública podrá adquirir la mayoría de las participaciones de una compañía de responsabilidad limitada o la totalidad de las acciones de una sociedad anónima respectivamente, o, celebrar un jointventure societaria que prevea dicha adquisición de acciones o participaciones o la constitución de una sociedad de economía mixta, toda vez que de permitir la libre transmisibilidad de las aportaciones y acciones respectivamente, se desnaturalizaría el concurso público que se utilizó para escoger el socio o aliado.
7. Las empresas públicas cuando para la gestión de sectores estratégicos o la prestación de servicios públicos se trate, podrán en caso de sociedades mercantiles previo un concurso público para seleccionar su socio o accionista, constituir solo empresas de economía mixta y tener mayoría accionaria, o adquirir la totalidad de las acciones o la mayoría de las participaciones de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada respectivamente, debido a que la empresa pública no puede delegar la gestión que se le ha encomendado a través de la Constitución de la República.
8. Las empresas públicas previo un concurso público para seleccionar su aliado podrán en todos los casos celebrar uniones transitorias, consorcios, joint venture contractual, etc., siempre que estos contratos no impliquen la creación de una persona jurídica distinta y por ende no comporte la participación en su composición o capital de los partícipes ni la delegación de la gestión al actor privado.
9. Las empresas públicas no pueden constituir sociedades civiles o mercantiles distintas a la sociedad de economía mixta.
10. Las empresas públicas no pueden asociarse bajo las formas determinadas por la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, por cuanto la ley ha definido que para ser parte en este tipo de asociaciones es requisito ser parte de las organizaciones



conformadas en los Sectores Comunitarios, Asociativos y Cooperativistas, así como también las Unidades Económicas Populares.

11. Se recomienda la expedición del Reglamento General a la Ley Orgánica de Empresas Públicas que determine la aplicación del artículo 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresa Públicas, donde se establezca: a) los objetivos y principios bajo los cuales una empresa pública debe asociarse; b) el procedimiento para la aprobación de los proyectos que se desarrollaran en colaboración, que deberán contener modelos de negocios, análisis de riesgos, entre otras consideraciones que garanticen la correcta ejecución del proyecto y su sustentabilidad; c) el procedimiento de selección concurso público para cuando de actores privados se trate; y, d) las modalidades asociativas a las que puede acogerse la empresa pública, pudiendo constituir empresas de economía mixta y suscribir contratos como consorcios, alianzas estratégicas, joint ventures, entre otros, siempre que no involucren la creación de una persona jurídica distinta a la de los partícipes. Así como, adquirir participaciones o acciones de una sociedad mercantil.



## Bibliografía

- Andrade Cevallos Miguel, *La administración en las sociedades anónimas*, Quito: Talleres Disgraf, 1993.
- Baldeón, Inés María. “Revista de Derecho Foro: Las Asociaciones Público Privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano”, UASB-Ecuador / CEN • Quito, 2016.
- Banco Interamericano de Desarrollo. *Asociaciones Público Privadas: implementando soluciones en América Latina y el Caribe*, 2015
- Caballero Sierra Gaspar. *Los consorcios públicos y privados*. Bogotá: Temis, 1985.
- Castellvi Rosana y otros. *Estrategias de Asociatividad para la exportación*. Quito: Corpei, 2007.
- Cassagne Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Lima: Palestra, 2010.
- Cevallos Víctor. *Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano*. Quito: Jurídica del Ecuador, 1992.
- Dávila Torres César, *Derecho societario*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Diario El Comercio, refinería del pacífico. [www.elcomercio.com](http://www.elcomercio.com), <https://www.elcomercio.com/actualidad/gobierno-refineria-libertad-problema-negocios.html>.
- Diario La Hora, empresas públicas generan pérdidas. [www.lahora.com.ec](http://www.lahora.com.ec), <https://lahora.com.ec/noticia/1102149452/15-de-22-empresas-publicas-generan-perdidas-al-estado-ecuatoriano->.
- Dromi Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.
- Espinoza Lastra Roberto. “Capacidades Asociativas en Emprendimientos de Economía Solidaria. El caso de las comunas Tsáchilas de la provincia de Santo Domingo Ecuador.” (Tesis Doctoral Universidad de Alicante) [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/77460/1/tesis\\_oscar\\_roberto\\_espinoza\\_lastra.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/77460/1/tesis_oscar_roberto_espinoza_lastra.pdf)
- Etcheverry Raúl. *Derecho Comercial Económico. Formas Jurídicas de la organización de la empresa*, Buenos Aires: Astrea, 1995.
- García López Gerardo. “Joint Venture”. *Generalidades y Clasificación*, UNAM-MÉXICO, 2015.
- Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, México: Porrúa, 1981.

- UNMSM. “Joint venture: Estrategia para lograr la competitividad empresarial en el Perú”  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú,  
[http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/indata/vol7\\_n1/pdf/joint.pdf](http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/indata/vol7_n1/pdf/joint.pdf)
- Gordillo Agustín. “Las Empresas del Estado”. Derecho Administrativo, 2017:  
[https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo9/libroi/capitulo23.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo23.pdf).
- Grueso Hinestroza Merlin Patricia y otros, Procesos de asociatividad empresarial:  
Aproximaciones conceptuales e impacto económico, social y organizacional  
Documento de investigación no. 44, Universidad de Rosario. Rosario Argentina:  
2009,6.  
[http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3783/BI\\_44\\_5\\_2\\_10.pdf?sequ](http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3783/BI_44_5_2_10.pdf?sequ)
- Liendo Mónica y Martínez Adriana, Asociatividad. una alternativa para el desarrollo y  
crecimiento de las pymes, Sextas Jornadas "Investigaciones en la Facultad" de  
Ciencias Económicas y Estadística, Universidad Nacional de Rosario, Rosario:  
2001, 311-312.  
[https://www.fcecon.unr.edu.ar/web/sites/default/files/u16/Decimocuertas/Liendo,%20Martinez\\_asociatividad.pdf](https://www.fcecon.unr.edu.ar/web/sites/default/files/u16/Decimocuertas/Liendo,%20Martinez_asociatividad.pdf)
- Marienhoff Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, T1. Buenos Aires: Abeledo –  
Perrot, 1990. Naranjo María del Rosario, *Derecho Mercantil y Societario*. Quito:  
Signatura topográfica, 1999.
- Oleas Mogollón Daniela. *Alianzas público privadas y desarrollo territorial*, Quito:  
Ediciones Abya Yala, 2017.
- Organización de las Naciones Unidas. “Legislative Guide on Privately Financed  
Infrastructure Projects”, Nueva York,  
2001. <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>
- O’Reilly, Cristina y otros, *Tratado de Derecho Comercial*, Buenos Aires: La Ley, 2010.
- Ruiz Sergio, “El nuevo rol de las empresas públicas”, En *Construcción de un Estado  
democrático para el Buen Vivir: Análisis de las principales transformaciones del  
Estado ecuatoriano 2007 – 2012*, (Quito: Senplades, 2014).
- Pérez Jorge Osvaldo. *Manual de Derecho y de la Empresa*. Buenos Aires: Abeledo  
Perrot, 1999.
- Pertti Karkainen, *Grandes casos empresariales el estilo Nokia sus métodos para liderar  
un sector*, España: Rotapapel, 2007.

- Real Academia de Lengua Española Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.2019: [www.rae.es](http://www.rae.es)
- Salgado Valdez Roberto, Compañías de responsabilidad limitada, Quito: fondo de cultura ecuatoriana, 1995.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Empresas públicas y planificación: Su rol en la transformación social y productiva. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2013. <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/Libro-Empresas-P%C3%BAblicas-web.pdf>
- Soberanes José Luis. *Tendencias Actuales del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- Ureba Alberto Alonso. *La Empresa Pública*, Madrid: Montecorvo S.A., 1985
- Vélez García, Jorge. “Los dos sistemas del derecho administrativo”. Santafé de Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996.
- Venezia, Las empresas públicas en Francia. La empresa pública. Zaragoza: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970.
- Vianna Maino, Mecanismos de Asociación Público-Privada, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010
- Zavala Jorge, Derecho societario, memorias de las primeras jornadas nacionales, Guayaquil; Edino, 2004.

### **Normativa**

- Constitución de la República del Ecuador [2008]. [Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s. f.
- Ecuador. Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, en Registro Oficial No. 444 de 10 de mayo de 2011.
- Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en 1er Suplemento, Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008.
- Ecuador. Ley Orgánica de Empresas Públicas, en Registro Oficial Suplemento No. 48 de 16 de octubre de 2009.
- Ecuador. Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas, en Registro Oficial Suplemento No. 652 de 18 de diciembre de 2015.
- Ecuador. Ley de Compañías, en Registro Oficial No. 312 de 05 de noviembre de 1999.
- Ecuador. Código Civil, en Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.
- Ecuador. Código de Comercio, en Registro Oficial Suplemento No. 1202 de 20 de agosto de 1960.

Ecuador Procurador General del Estado, oficio Nro. PGE. No.: 01796, de 20 de junio de 2018.

Ecuador Procurador General del Estado, oficio Nro. PGE. No.: 02121, de 28 de diciembre de 2018.

Ecuador, Resolución de la Corte Constitucional No. 1, publicada en Registro Oficial, Suplemento, 629, 30 de enero de 2012.